



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

MARIANA DE SABOYA FURTADO

**SUBSIDIARIEDADE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

MONOGRAFIA

BRASÍLIA/DF

2019

MARIANA DE SABOYA FURTADO

**SUBSIDIARIEDADE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão da Graduação em Direito e obtenção do grau de Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão.

BRASÍLIA/DF

2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

MARIANA DE SABOYA FURTADO

**SUBSIDIARIEDADE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão da Graduação em Direito e obtenção do grau de Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão.

Aprovada em: ____ de novembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco
(Membro)

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes
(Membro)

Prof. Angelo Gamba Prata de Carvalho
(Suplente)

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Lucas e Emmanuela. Se eu me ergui, foi por ter em casa exemplos como os seus.

Aos meus irmãos, Pedro e Laura Somos uma alma que veio parcelada três vezes. Que sorte eu tenho por ter vocês.

Ao Pedro Aurélio, meu melhor amigo. Sem você, não só este trabalho, mas a vida seriam consideravelmente mais sem graça.

À Secretaria da Função Constitucional da Procuradoria-Geral da República. Meu primeiro emprego, mas muitas vezes foi minha escola e casa também. Este trabalho só foi possível devido ao apoio, ao preparo e à paciência infindável de todos os seus membros. Obrigada, Cátia, Clara, Fábio, Pablo, Thaiane e Vinícius.

Ao Professor Jorge Galvão e à banca, Professor Paulo Gustavo, Professora Daniela Marques e Professo Angelo Gamba. Admiração que transborda as paredes da Faculdade de Direito. Obrigada por serem minha inspiração ao longo do curso.

À Luciana Spíndola, por todo o carinho e diligência, hoje e sempre. Minha tia de coração. Seus comentários foram providenciais na elaboração deste trabalho.

À minha família “de coração”, Rosmarie, André, Karina, Aurélio, Janeide e Lara. Obrigada por todo o acolhimento, as canjicas e os abraços.

Aos meus amigos que me acompanharam ao longo do curso, citarei alguns – sob o risco de esquecer alguém importante –, Ana Carolina Medeiros, Bárbara Burello, Karina Ellen, Clara Accioly, Julia Namie, Laura Rodrigues, Lucas “Pirata” Marques, Maria Clara Farias, Vitória Damasceno, Cristiana Brant, Natasha Dalcomuni, Antônio Rafael, Matheus Martins, George Margalho, Gustavo Vieira e Rodrigo Faria.

Aos meus “bixos”: Ana, Bianca, Ilana, Paula Akemi, Paula Gomes, Rafaella e Sara. O que festas da ONU, furikake, cascudos, risadas, lágrimas, viagens e a Escola das Nações juntou, não tem tempo que separe.

FICHA CATALOGRÁFICA

ds de Saboya Furtado, Mariana
 SUBSIDIARIEDADE DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE
 PRECEITO FUNDAMENTAL NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL / Mariana
 de Saboya Furtado; orientador Jorge Octávio Lavocat Galvão.
 -- Brasília, 2019.
 80 p.

 Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de
 Brasília, 2019.

 1. Subsidiariedade da Arguição de Descumprimento de
 Preceito Fundamental. 2. Jurisdição Constitucional. I.
 Lavocat Galvão, Jorge Octávio, orient. II. Título.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

FURTADO, Mariana de Saboya. (2019). **Subsidiariedade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental na Jurisdição Constitucional**, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, p. 78.

SUMÁRIO

Sumário	6
INTRODUÇÃO	11
1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: HISTÓRICO DO INSTITUTO	14
1.1. <i>DIREITO ESTRANGEIRO</i>	15
1.1.1. A ADPF E A CONSTITUIÇÃO	19
1.2. <i>LEI Nº 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999</i>	21
2. SUBSIDIARIEDADE: APONTAMENTOS SOBRE A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	28
2.1. <i>ESPÉCIES DE ARGUIÇÃO E PRESSUPOSTOS DE CABIMENTO</i>	29
2.1.1. PRECEITO FUNDAMENTAL	31
2.2. <i>ATO DO PODER PÚBLICO</i>	32
2.3. <i>SUBSIDIARIEDADE</i>	35
2.4. <i>A DOUTRINA E A SUBSIDIARIEDADE</i>	36
3. ADMISSIBILIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: OS LIMITES DEFINIDOS NA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA PARA A SUBSIDIARIEDADE DA ADPF.....	40
3.1. <i>ANÁLISE DE DADOS SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A ADPF</i>	41
3.2. <i>ANÁLISE DE CASOS</i>	43
3.2.1. A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4, § 1º DA LEI Nº 9.882/99: ADPF 17-AGR E ADPF 126-MC.....	43
3.2.2. CORRENTES MAJORITÁRIAS DENTRO DO STF SOBRE A SUBSIDIARIEDADE	45
3.3. <i>DECISÕES EMBLEMÁTICAS SOBRE TEMAS QUE PERMEIAM O CARÁTER RESIDUAL DA ADPF</i>	55
3.4. <i>INCONSISTÊNCIAS NO DISCURSO DO STF QUANTO À SUBSIDIARIEDADE DAS ADPFS</i>	63
CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	73

RESUMO

Buscou-se, no presente estudo, parametrizar a compreensão do Supremo Tribunal Federal sobre a subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito. A ADPF, instrumento alçado a estatura de ação constitucional pelo art. 102, § 1º da Constituição, foi estabelecida para proteger preceitos fundamentais; sem, contudo, haver forte previsão legislativa sobre o tema.

Apesar de a doutrina delimitar o conceito da subsidiariedade em três correntes distintas – a primeira pela sua inconstitucionalidade; a segunda prega a constitucionalidade e interpretação literal do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99; e a terceira defende a constitucionalidade do instituto, mas advoga por interpretação mais restritiva do caráter residual da ADPF –, conclui-se que, para além das divergências dentro da própria doutrina sobre a sua conceituação, foram localizados poucos trabalhos acadêmicos recentes sobre o tema. Houve vasta e profunda produção logo após a elaboração da Lei nº 9.882/99, mas, atualmente, o campo carece de atualizações.

Assim, resvala-se às portas do Supremo Tribunal Federal. Depara-se não com uma, mas com quatro grandes vertentes nos julgados da Supremo Corte brasileira sobre a subsidiariedade da ADPF. Sendo estas a subsidiariedade como a ausência de cabimento de ação diversa; a análise somente das ações do controle concentrado; a eficácia das medidas cabíveis, e o esgotamento das vias possíveis para sanar a lesão ou a ameaça de lesão a preceitos fundamentais.

Contudo, a Suprema Corte possui jurisprudência instável quanto a sua aplicação. Existem inconsistências – há julgamentos em que Ministros da Corte se contradizem. Ademais, em casos de grande clamor social, frequentemente desconsideram o instituto para analisar o mérito da ação.

Palavras-chave: ADPF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Subsidiariedade. Supremo Tribunal Federal. STF. Lei nº 9.882/99. Art. 4º, § 1º.

ABSTRACT

This study sought to parameterize the understanding of the Federal Supreme Court on the subsidiarity of the Argument of Non-compliance of Fundamental Precept ("ADPF"). The ADPF, instrument raised to the statute of constitutional action by article 102, § 1 of the Brazilian Constitution, was established to protect fundamental precepts; however, there is no strong legislative provision on the subject.

Although the doctrine delimits the concept of subsidiarity in three distinct streams - the first by its unconstitutionality; the second preaches the constitutionality and literal interpretation of art. 4, § 1, of Law No. 9,882 / 99; and the third defends the constitutionality of the institute, but advocates for a more restrictive interpretation of the residual character of the ADPF. There was vast and deep production soon after the drafting of Law No. 9,882 / 99, but the field currently needs updating.

Thus, it slips at the gates of the Federal Supreme Court. It is faced not with one, but with four major strands in the judgments of the Brazilian Supreme Court on ADPF's subsidiarity. Being these the subsidiarity as the absence of diverse action scope; the analysis of the concentrated control actions only; the effectiveness of appropriate measures, and the exhaustion of possible avenues to remedy the injury or threat of injury to fundamental precepts.

However, the Supreme Court has unstable case law regarding its application. There are inconsistencies - there are judgments in which court ministers contradict each other. Moreover, in cases of great social outcry, they often disregard the institute to analyze the merits of the action.

Keywords: "ADPF". Argument of Non-compliance of Fundamental Precept. Subsidiarity. Supreme Court. "STF". Law n. 9882/99. Article n. 4, paragraph 1.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Número de ADPFs ajuizadas no Supremo Tribunal Federal de 1º de janeiro de 2000 a 13 de outubro de 2019

Figura 2 – Número de ADPFs que permanecem no acervo do Supremo Tribunal Federal e já transitadas em julgado

Figura 3 – Número de ADPFs com julgamento de mérito e recursos internos pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal

LISTA DE ACRÔNIMOS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal de 1988

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Busca-se, portanto, mapear as decisões da Suprema Corte sem a pretensão de esgotamento sobre o tema, mas objetivando melhor compreender o raciocínio do STF sobre a subsidiariedade da ADPF.

Feitas estas anotações, cumpre fazer apontamentos a respeito dos seguintes temas: (I) o objeto do estudo – a ADPF e sua subsidiariedade; (II) como se deu a organização deste estudo e (III) a relevância do tema analisado.

Quanto ao objetivo do estudo, cumpre ressaltar que a ADPF é ação que integra o rol do controle concentrado e abstrato brasileiro. Possui matriz constitucional (art. 102, § 1º, da CF)¹ e está disciplinada na Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispõe sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Vale notar que o legislador derivado brasileiro insculpiu a regra segundo a qual a ADPF só será admitida se inexistir outro meio capaz de sanar a lesão a preceito fundamental; ou seja, não há determinação constitucional nesse sentido. A subsidiariedade da ADPF, assim, encontra-se prevista no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99. Eis o teor da referida norma:

Art. 4º [...]

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Estes, portanto, são os meios processuais sobre os quais este estudo se debruçará.

Quanto à organização do presente trabalho, adotou-se divisão tripartite do texto.

¹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

O primeiro capítulo analisa a contextualização e o histórico da arguição de descumprimento de preceito fundamental. A ADPF é criação brasileira e, portanto, há de se compreender como se deu sua construção e com qual propósito foi elaborada. Logo, entender como ocorreu o delineamento desta ação constitucional – ou, até mesmo, onde há lacunas legislativas sobre o tema – é vital para, ao fim, melhor analisar as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal.

O segundo capítulo fornece a localização do instituto para a doutrina. O lastro acadêmico é de grande valor em qualquer trabalho acadêmico, independentemente do objetivo almejado, seja para consubstanciar, ressaltar ou afastar certos pensamentos. No presente trabalho, além destas funções, a doutrina possui função prática: auxiliar na compreensão das decisões do STF ou, até mesmo, indicar certas incoerências no pensamento dos Ministros da Suprema Corte.

Seguida de breve explanação sobre o funcionamento da ADPF, há análise sobre obras acadêmicas, em especial após a edição da Lei nº 9.882/99. O objetivo, conforme mencionado acima, é averiguar se as decisões do STF possuem lastro doutrinário.

O terceiro e último capítulo apresenta a visão do Supremo Tribunal Federal sobre a subsidiariedade da arguição de descumprimento. Buscando melhor compreender a questão, inicia-se essa parte com o levantamento de dados estatísticos sobre o ajuizamento e trâmite da ADPF desde o ano 2000. Com estas informações, procura-se, exatamente, dimensionar a questão dentro da jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Em seguida, passa-se à análise das decisões exaradas pelo STF. A intenção é identificar correntes no entendimento da Corte sobre a subsidiariedade da ADPF.

Quanto à contextualização, entende-se ser relevante, ainda na introdução, destacar a proporção da questão aqui suscitada para a jurisdição constitucional e para a tutela dos preceitos fundamentais.

Em consulta ao sítio eletrônico do STF,² constatou-se que temas de grande repercussão nacional foram debatidos em julgamentos em sede de ADPF.

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). **Estatísticas do controle concentrado**. Brasil: Supremo Tribunal Federal, 25 set. 2019. Disponível em:

Somente no ano de 2018, nossa Corte constitucional julgou: (I) na ADPF 541, se válidas as normas que autorizam o cancelamento do título do eleitor que não tenha atendido ao chamado para cadastramento biométrico obrigatório; (II) na ADPF 324, se lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja atividade-meio ou fim; (III) na ADPF 519, se as multas aplicadas às empresas que não cumpriram a decisão de desobstruir as rodovias durante a greve dos caminhoneiros em maio de 2018; (IV) nas ADPFs 395 e 444, se seria constitucional a proibição da condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório e (V) na ADPF 165, se deveria ser homologado o acordo celebrado entre instituições financeiras e poupadores em torno da disputa sobre planos econômicos.

Outro tema de repercussão nacional, via ADPF, pendente de resolução no Supremo é a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana de gestação (ADPF 442), com audiência pública realizada.

Assim sendo, parametrizar a compreensão do Supremo Tribunal Federal sobre a ADPF é relevante e atual, pois, conforme depreende-se da lista acima, temas sensíveis estão sendo julgados pela Suprema Corte por esta via processual. Há de se entender, portanto, como a subsidiariedade, requisito de cabimento desta ação, é entendida e utilizada pelo STF.

Em síntese, pode-se delinear o objeto do presente trabalho como o estudo da dinâmica entre as decisões do Supremo em sede de ADPF e a subsidiariedade desta ação.

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: HISTÓRICO DO INSTITUTO

O presente capítulo tem como intuito relatar cronologicamente o desenvolvimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Por ser tratar de inovação do controle de constitucionalidade brasileiro, primeiro será feita comparação da ADPF com institutos do direito estrangeiro, procurando delinear o funcionamento da ADPF em justaposição com o direito constitucional estrangeiro. Em seguida, será analisado seu histórico constitucional com o intuito de, depois, partir para o estudo do trâmite da Lei nº 9.882/99.

Há fio condutor que permeia toda a extensão deste capítulo, podendo ser resumido da seguinte forma: é de todo adequado afirmar que o histórico da arguição de descumprimento de preceito fundamental é marcado por turbulências.³

Valendo-se do MS 21.564, o “Caso Collor”,⁴ pode-se dimensionar os desencontros que marcam o histórico, ao menos inicial, da ADPF. A referida ação foi interposta pelo então Presidente da República Fernando Collor de Mello, em 9 de setembro de 1992 – ou seja, sete anos antes da publicação da lei disciplinadora da ADPF. Foi ajuizada em função da abertura do processo do seu *impeachment*. Invocou-se, na ocasião, “o descumprimento de preceito fundamental, em face da perda dos seus direitos políticos”.⁵

³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 897.

⁴ “Fernando Affonso Collor de Mello, Presidente da República, é denunciado por crimes de responsabilidade, sobretudo improbidade administrativa, por Alexandre Barbosa Lima Sobrinho, Presidente da Associação Brasileira de Imprensa, e Marcello Lavenère Machado, Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. (...) Recebida a denúncia pela Câmara dos Deputados e instaurado o processo pelo Senado Federal, o Presidente Collor de Mello, afastado de suas funções, impetra vários mandados de segurança ao Supremo Tribunal Federal, referentes ao processo de *impeachment*, dentre os quais são apresentados e reproduzidos na íntegra os seguintes acórdãos: MS 21.564, MS 21.623 e MS 21.689.

O Mandado de Segurança 21.564 é impetrado contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, que estabelece regras para o procedimento de admissibilidade da denúncia ou autorização para instauração do processo de *impeachment*. A alegação é de nulidade das normas baixadas, porque não observam dispositivos constitucionais, legais e regimentais.” Julgamentos Históricos: Julgamentos Históricos. Brasília, 18 set. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=ms21564>. Acesso em: 23 out. 2019.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 898.

A questão foi assim decidida pelo Supremo Tribunal Federal, acolhendo proposta do Ministro Moreira Alves:⁶

O Tribunal, acolhendo proposta do Min. Moreira Alves, entendeu não ser aplicável ao caso o disposto no art. 40 do RISTF ('Para completar quorum no Plenário, em razão de impedimento ou licença superior a três meses, o Presidente do Tribunal convocará Ministro licenciado, ou, se impossível, Ministro do Tribunal Federal de Recursos'), à vista do impedimento dos Ministros Nelson Jobim, Maurício Corrêa e Sydney Sanches, bem como da suspeição do Min. Marco Aurélio. Continuando o julgamento, o Tribunal, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Min. Néri da Silveira, relator, **negou trânsito à petição em que se postula seu conhecimento como arguição, prevista no art. 102, § 1º, da CF** ('A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei'), adotando-se, para tanto, o rito da ação cível originária, ou seu conhecimento e procedência como revisão criminal, com vistas à declaração, **em qualquer das hipóteses, de nulidade da pena imposta ao arguente pelo Senado – perda do cargo de Presidente da República –, como órgão judiciário, em razão de sua prévia renúncia ao mandato de Presidente. Fundou-se a decisão no fato de não ser autoaplicável o disposto no § 1º do art. 102 da CF. O preceito demanda lei regulamentadora.** Quanto à possibilidade de se acolher o pedido como revisão criminal, ponderou-se ser esta ação própria ao reexame de casos criminais julgados pelo Tribunal e não decisão proferida pelo Senado da República. (Grifou-se).

É dizer, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, desde sua origem, lida com questões sensíveis – no caso, o *impeachment* do então Presidente da República. Extraí-se ainda do voto acima que, para ser plenamente eficaz, a ADPF dependia de lei regulamentadora.

Ou seja, está-se diante de ação que trata com matérias delicadas e, conforme será analisado nas páginas seguintes, não é idêntica aos instrumentos no direito estrangeiro e, ainda; a legislação incumbida de discipliná-la o faz de forma deficitária.

1.1. DIREITO ESTRANGEIRO

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, §1º da Constituição Federal (CF), surgiu no controle de constitucionalidade

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet-QO 1.365**. Requerente: Fernando Afonso Collor de Mello. Interessado: Senado Federal. Relator: Ministro Néri da Silva. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1683606> . Acesso em 23 de out. de 2019.

brasileiro sob “o signo da singularidade”.⁷ É dizer, não há instituto estrangeiro equivalente à ADPF.

Há intrigante e complexo debate sobre a legitimidade do uso de direito estrangeiro na jurisdição pátria. Ocorre que, apesar de existirem fortes e convincentes argumentos para o uso ou não de respaldo internacional,⁸ a questão da ADPF esbarra em óbice que precede a questão: não há ação, no direito estrangeiro, com funcionamento equivalente ao da arguição de descumprimento.

Dessa forma, independentemente da legitimidade da aplicação de direito estrangeiro, o caso é que, neste cenário não há como se socorrer ao direito estrangeiro se tratando da procedimentalidade da ADPF, uma vez que não há ação idêntica.

Entretanto, e como é de se esperar, existem institutos estrangeiros similares com a criação brasileira.

Embrionariamente, a ADPF se assemelha ao recurso constitucional alemão e ao recurso constitucional espanhol. São ações elaboradas com o intuito de, residualmente, proteger preceitos fundamentais. Contudo, o delineamento destas ações diverge drasticamente e não há de se falar em equivalência entre seus procedimentos.

O *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão, que, em tradução literal, significa agravo ou recurso constitucional⁹ está previsto no art. 93, 1, nº 4-A, da Lei

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019. p. 354.

⁸ POSNER, Richard. **No thanks we already have our own laws**. Legal Affairs, julho/Agosto de 2004. In: http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp. Acesso em 2 de nov. de 2019.

JACKSON, Vicki. **Yes please, I'd love to talk to with you**. Legal Affairs, julho/Agosto de 2004. In: http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_jackson_julaug04.msp. Acesso em 2 de nov. de 2019.

WALDRON, Jeremy. **Foreign law and modern *ius gentium***. Harvard Law Review, vol. 119, nº 1(2005), p. 129-147.

HORBACH, Carlos. **O direito comparado na jurisdição constitucional brasileira**. In: MENDES, Gilmar; GALVÃO, Jorge; MUDROVITSCH, Rodrigo, *Jurisdição Constitucional em 2020*. Saraiva, 2016, p. 48-78.

⁹ José Afonso da Silva, após enaltecer a ADPF como instrumento para consolidação da liberdade, aduz que *Verfassungsbeschwerde* “traduzido ao pé da letra por agravo constitucional ou recurso constitucional, mas que, em verdade, é mais do que isso (...). Em alguns casos ele serve para impugnar, e aí, sua natureza de meio de impugnação de recurso é patente. Em outros, contudo, é meio de invocar a prestação jurisdicional em defesa de direitos fundamentais. Parte de seus objetivos são cobertos pelo nosso mandado de segurança. Mas ele tem objetivos mais amplos do que este, e não está delimitado à defesa de direito líquido e certo, pessoal. O *Verfassungsbeschwerde* é originário da Baviera, cuja

Fundamental alemã. Compete ao Tribunal Constitucional da Alemanha apreciar os recursos interpostos por qualquer cidadão para defender seus direitos fundamentais afrontados por ato do Poder Público. O direito alemão também condiciona o uso do instituto ao “prévio esgotamento das instâncias judiciais ordinárias, salvo na hipótese de haver interesse geral na solução do recurso ou possibilidade de grave e inevitável prejuízo para o seu autor”.¹⁰ Sobre a equivalência do instituto alemão com a criação brasileira, Clèmerson Clève observa:¹¹

O *Verfassungsbeschwerde* não pode, porém, sem mais, ser transplantado para o Brasil. A imensa maioria dos recursos constitucionais propostos, perante a Corte Constitucional alemã, impugnam decisões judiciais. Ora, no Brasil, o recurso extraordinário serve para a mesma finalidade. De modo que, entre nós, a lei haveria de conferir à arguição uma funcionalidade muito menor que a alcançada pelo recurso constitucional alemão.

Dessa forma, apesar do recurso constitucional alemão estabelecer a subsidiariedade e, assim, estar submetido “ao dever de exaurimento das instâncias ordinárias”,¹² admite-se seu ajuizamento por qualquer cidadão.

Conforme será analisado em páginas futuras, a proposta para a ADPF ter legitimação ampla foi suscitada na elaboração da Lei nº 9.882/99, mas foi afastada ainda na sua elaboração e, atualmente, há rol taxativo para a legitimação ativa da arguição de descumprimento.¹³

Assim sendo, apesar de várias similaridades estruturais, o funcionamento da ADPF, com sua legitimação ativa restrita, afastou-se do funcionamento do *Verfassungsbeschwerde*.

regulação legal prevê o cabimento do Popularklage, isto é, a atribuição do direito de ação a *quisquis de poulo* (ação popular), declarando que a inconstitucionalidade por ilegítima restrição de um direito de um direito fundamental pode ser feita valer por qualquer pessoa, mediante ‘recurso’ junto da Corte Constitucional. O texto, em exame, permite-nos avançar na mesma direção e será um instrumento de fortalecimento da missão que a Constituição reservou ao Supremo Tribunal Federal”. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 559-560.

¹⁰ DA CUNHA, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 10ª ed., Salvador: Juspodivm, 2019. p. 329.

¹¹ CLÈVE, Clèmerson. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 408-409.

¹² MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1155.

¹³ Art. 2º, I, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999 e art. 2º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Ademais, há ação no direito espanhol que prevê o acionamento do Tribunal Constitucional por cidadãos contra ato do Poder Público infringente de direito fundamental.¹⁴ Portanto, assim como o *Verfassungsbeschwerde*, prevê ampla legitimação para ajuizamento da ação que não encontrou respaldo na ADPF.¹⁵

Há, ainda, o *writ of certiorari* do direito norte-americano. É competência discricionária da Corte Constitucional admitir ou não os pedidos encaminhados à ela. Devido ao grande número de ações submetidas à Suprema Corte dos Estados Unidos, o Congresso conferiu amplos poderes para esta selecionar os casos sujeitos à sua apreciação. Ademais, para estar sujeito ao juízo da Corte, a parte deve comprovar a existência de relevantes circunstâncias. Sobre o funcionamento e a discrepância do instituto com a ADPF, assevera Daniel Sarmento:¹⁶

Não podemos concordar com a aproximação que alguns autores vem estabelecendo entre a ADPF e o *writ of certiorari* do direito norte-americanos. Neste instituto, que hoje representa o principal instrumento de acesso à Suprema Corte para fins de controle de constitucionalidade, há plena discricionariedade judicial em relação à sua admissibilidade. Conforme ressaltaram John E. Nowak e Ronald D. Rotunda,

"Under the Supreme Court's rules, a review on writ of certiorari is not a matter of right, but of sound judicial discretion, and the Court will grant it only where there are special and important reasons to do so. Consequently, the Court need not explain its refusal to accept certiorari ..."

É certo que a ADPF, mesmo incidental, colima primariamente a proteção da ordem jurídica, e não a tutela de direitos subjetivos das partes. Porém, isto não significa que o STF tenha discricionariedade para admitir ou não a ADPF, nem muito menos que possa fazê-lo sem fundamentação, como ocorre no *writ of certiorari* do direito norte-americano.

Dessa forma, conforme elabora Daniel Sarmento, o Supremo Tribunal Federal não possui a discricionariedade plena de admitir ou não as ADPF ajuizadas

¹⁴ Estabelecido no art. 53, nº 2 e art.161, nº 1, alínea b, ambos da Constituição espanhola. Ademais, o art. 41, nº 2, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional prevê a proteção, via recurso de amparo constitucional, "face às violações dos direitos e liberdade a que se refere o número anterior, originadas pelas disposições, atos jurídicos, omissões ou simples via de facto dos poderes públicos do Estado, das comunidades autónomas e demais entidades públicas de carácter territorial, corporativo ou institucional, assim como dos seus funcionários ou agentes". ESPANHA. Lei Orgânica do Tribunal Constitucional. **Lei orgânica 2/1979, de 3 de outubro, do Tribunal Constitucional**. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/LOTCT-pt.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2019.

¹⁵ DA CUNHA, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 10ª ed., Salvador: Juspodivm, 2019. p. 328.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. Aparentamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 100.

na Corte e, além do mais, não pode fazê-lo sem a devida fundamentação. Hipóteses aceitas no procedimento do *writ of certiorari*.

Assim sendo, no cenário internacional, não há de se falar em equivalência direta de qualquer instituto estrangeiro com a ADPF. Vislumbra-se, nessa sumária análise, que esses recursos foram elaborados com o intuito de estender especial proteção aos direitos fundamentais; entretanto, nenhum espelha integralmente o funcionamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A legitimação restrita da ADPF afastou-a, drasticamente, dos procedimentos adotados nos casos do direito estrangeiro. O acesso “direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”,¹⁷ além de multiplicar os feitos, traria roupagem diferente à ação. Tornar-se-ia instrumento com características mais populares e com maior flexibilização do seu cabimento.

A ADPF, portanto, como ora delineada no nosso ordenamento pátrio, possui especificidades encontradas apenas em nosso sistema constitucional. Suas peculiaridades e inovações serão analisadas nas páginas que seguem.

1.1.1. A ADPF E A CONSTITUIÇÃO

A Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, trouxe a primeira positivação da arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista no Título IV (“Da Organização dos Poderes”), Capítulo III (“Do Poder Judiciário”) e Seção II (“Do Supremo Tribunal Federal”). Encontra-se, assim, delineada no artigo 102, §1.º nos seguintes termos:¹⁸

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

¹⁷ MENSAGEM nº 1.807, de 3 de dezembro de 1999. Brasília, 3 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm. Acesso em: 3 nov. 2019.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: 05 out. 1988.

§1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

A ADPF não estava prevista na primeira concepção da Constituição de 1988, conhecida como o “Projeto A”. Somente com o advento da Emenda Coletiva Substitutiva nº 2P02040-2, proposta pelo Deputado Eraldo Tinoco Melo, a arguição passou a integrar o texto constitucional.¹⁹ A referida emenda acrescentou o parágrafo único ao então artigo 126 do “Projeto A”, estabelecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar ADPFs.

A justificativa apresentada na ocasião para a inclusão da ADPF no texto constitucional foi a seguinte:²⁰

No que concerne ao Poder Judiciário, as alterações foram de modo a melhor aparelhá-lo e adaptá-lo às realidades de nosso País com o intuito exclusivo de dotá-lo de meios concretos a fim de que proceda, com maior celeridade, à distribuição da Justiça. Da mesma forma procedeu-se quanto ao Ministério Público, a Advocacia da União e a Advocacia e Defensoria Pública.

Ainda sobre o tema, André Tavares sustenta que a força motivadora para a ADPF seria a consciência do legislador constituinte da necessidade de ação residual na proteção dos direitos mais caros para a Constituição.²¹

[...] que o legislador constituinte parece ter sido consciente de que era necessário não só prever todos os mecanismos de acesso ao Supremo Tribunal Federal, mas também oferecer alguma espécie de “último recurso” para os casos que porventura viessem a necessitar de apreciação pela Corte, mas que não obtivessem guarida nos instrumentos então existentes.

Levando-se em conta que, à época da elaboração da CF, o Brasil se afastava de um período ditatorial, é coerente que a Assembleia Constituinte almejasse instrumento voltado especificamente para a tutela dos preceitos fundamentais na situação em que não houvesse guarida nos demais meios jurídicos.

¹⁹ A referida emenda alterou dispositivos dos Capítulos I, IV e V do Título IV do Projeto A.

²⁰ BRASIL. **Emenda: 02040**. [S. l.]: Senado Federal, 13 jan. 1988. Disponível em: <http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-SC/02040.html>. Acesso em: 2 nov. 2019.

²¹ TAVARES, André R. **Tratado da arguição de preceito fundamental: lei nº 9.868/99 e lei nº 9.882/99**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 21.

A Emenda nº 2P02040-2, portanto, foi aprovada pela Assembleia Constituinte. O então “Projeto B” sujeitou-se somente à revisão de sua estrutura textual pela Comissão de Redação antes da votação e aprovação da redação final da Constituição Federal.

Após a promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, a ADPF manteve-se materialmente inalterada no texto constitucional.²²

Dessa forma, a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar as arguições de descumprimento de preceito fundamental, ação sem precedentes na história do controle de constitucionalidade, possui lastro na Constituição Federal de 1988.

1.2. LEI Nº 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999

No art. 102, § 1º, o constituinte originário insculpiu a arguição de descumprimento de preceito fundamental, na terminologia de José Afonso da Silva, como norma de eficácia limitada,²³ entendimento fortemente compartilhado no âmbito doutrinário²⁴ e jurisprudencial.²⁵

Elaborada precisamente com o intuito de disciplinar o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a Lei nº 9.882 foi publicada no dia 3 de dezembro de 1999, onze anos após a promulgação da Constituição.

²² Embora alterada sua numeração (passou do art. 126, parágrafo único para o art. 102, § 1.º), com o advento da Emenda Constituição nº 3, de 17 de setembro de 1997.

²³ DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro, VARGAS, Aléxis G. S. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. in Revista de Informação Legislativa, nº 30, p. 69; SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 560; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**, p. 199; FERRAZ, Sérgio. **Declaração de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal**. Revista Trimestral de Direito Público, nº 03, p. 207. No sentido contrário, André Ramos Tavares sustenta que “A norma, pois, é de eficácia imediata, sendo, porém, regulamentável. (...) pode a norma ser caracterizada como sendo de eficácia plena, porque seus efeitos têm sido irradiados desde a entrada em vigor da Constituição, deixando apenas eventuais aspectos secundários da sua incidência para regulamentação posterior” (**Tratado da arguição de preceito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 96).

²⁵ No AgRgAl n.º 145.860-0/SP, DJ 12.03.1991, o STF estabeleceu que “A previsão do parágrafo único do artigo 102 da Constituição Federal tem eficácia jungida a lei regulamentadora”. Consolidando esta posição no Agr-PET 1.140-7/TO (publicado no DJU de 31.05.96, P. 18.803) e na Petição n.º 1.369-8 (publicado no DJU de 08.10.1997, p. 50.469).

Dessa forma, entre outubro de 1988 e dezembro de 1999, a nova ferramenta do controle de constitucionalidade estava à deriva na jurisdição constitucional. Conforme assevera Lenio Luiz Streck “a falta de regulamentação foi utilizada como argumento para o não conhecimento, e, portanto, rejeição, das arguições de descumprimento intentadas no Supremo Tribunal”.²⁶

No período entre 1988 e 1998, a Corte declinou manifestações de mérito nas oitenta e duas ADPFs ajuizadas na Suprema Corte.^{27 28}

Em meio a tal cenário, em 4 de julho de 1997, editou-se a Portaria nº 572 do Ministério da Justiça instituindo a Comissão responsável pela elaboração de estudos e do anteprojeto de lei disciplinadora da ADPF. Foram membros integrantes da referida comissão Celso Ribeiro Bastos (como Presidente), Gilmar Ferreira Mendes, Arnaldo Wald, Ives Gandra Martins e Oscar Dias Corrêa.

O anteprojeto de lei visava a obstar a chamada “guerra das liminares”²⁹ e contemplar o incidente de inconstitucionalidade.³⁰

Apesar de vários aspectos da arguição de descumprimento de preceito fundamental terem sido delineados na proposta elaborada pela Comissão – dentre eles o rito perante o STF, o rol de legitimados, os pressupostos de cabimento, os efeitos da decisão proferida e sua irrecorribilidade – a criação do incidente de constitucionalidade foi afastada no Congresso Nacional.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 570.

²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). **Estatísticas do controle concentrado**. Brasil: Supremo Tribunal Federal, 25 set. 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/estatistica/ControleConcentradoGeral/C_Geral.mhtml. Acesso em 25 de set. de 2019.

²⁸ Acerca do tema, em 1993, o STF se manifestou no seguinte sentido: “A previsão do parágrafo único do art. 102 da Constituição Federal tem eficácia jungida a lei regulamentadora. A par deste aspecto, por si só suficiente a obstaculizar a respectiva observância, não se pode potencializar a arguição a ponto de colocar-se em plano secundário as regras alusivas ao próprio extraordinário, ou seja, o preceito não consubstancia forma de suprir-se deficiência do quadro indispensável a conclusão sobre a pertinência do extraordinário”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 145.860-AgRg**. Agravante: Espólio de Jacob Klabin Lafer. Agravado: Espólio de Thomaz Marinho de Albuquerque Andrade. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1541864>. Acesso em 26 de set. de 2019.

²⁹ “É exatamente esse espaço, imune à aplicação do sistema de controle de constitucionalidade, que tem sido responsável pela repetição de processo, pela demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais e pelo fenômeno social e jurídico da chama “guerra das liminares”. MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 22.

Conforme narra Gilmar Ferreira Mendes, a legitimação ativa da arguição gerou grande controvérsia dentre a Comissão.³¹ O Ministro Oscar Corrêa defendeu a legitimação ampla, abrangendo qualquer afronta por ato do Poder Público. Nesse sentido, iria de encontro do entendimento de José Afonso da Silva, para quem o dispositivo poderia ser “fértil como fonte de alargamento da jurisdição constitucional da liberdade a ser exercida pelo nosso Pretório Excelso”.³² A versão final da Lei nº 9.882/99 adotou, entretanto, rol mais restrito, paralelo ao presente na ação direta de inconstitucionalidade.³³

Neste ponto, adiantam-se comentários da doutrina e que serão explorados de forma detida nas próximas páginas.

André Ramos Tavares registra haver, desde o anteprojeto inicial, “claro indicativo da subsidiariedade que posteriormente se tornaria um dos pontos mais delicados da novel medida judicial”,³⁴ pois, além de ser bastante conciso, “pretendia enfrentar, com o novo instituto da arguição, questões jurídicas para as quais a resposta que o Direito oferecia não era capaz de satisfazer”.³⁵

O Projeto de Lei nº 17 de 1999 (nº 2.872/97 na Câmara dos Deputados)³⁶ apresentado pelo Deputado Prisco Viana ao Congresso em muito se assemelhava ao anteprojeto elaborado pela Comissão presidida por Celso Ribeiro Bastos, mas não era transcrição direta.³⁷ Assim como o anteprojeto da comissão, o projeto de lei previa a propositura de ADPF por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público. Contudo, no projeto de lei, estava prevista maior participação do Ministério

³¹ *Ibidem*.

³² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 560.

³³ Art. 2º, I, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999 e art. 2º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

³⁴ TAVARES, André R. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise da evolução do instituto sob a Constituição de 1988**. Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/jurisducao-constitucional-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-analise-da-evolucao-do-instituto-sobre-a-constituicao-de-1988/view>. Acesso em: 10 out. 2019.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Cumpre-se destacar, entretanto, a existência, desde março de 1997 do Projeto de Lei nº 2.872, de relatoria da Deputada Sandra Starling. Possuía, também, a intenção de disciplinar o instituto da ADPF, contudo, denominada neste texto como “reclamação”.

³⁷ Há quadro comparativo nos documentos anexos a este estudo.

Público³⁸ e a irrecorribilidade da ação – enquanto no anteprojeto caberia reclamação —, entre outras alterações.

Submetido ao trâmite legislativo, o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e pelo Plenário de ambas as Casas.

Ocorre que, sancionada pelo Congresso, a proposta sofreu uma série de vetos presidenciais, especificamente ao (I) art. 1º, parágrafo único, II; (II) art. 2º, II; (III) art. 2º, § 2º; (IV) art. 5º, § 4º; (V) art. 8º, §§ 1º e 2º e (VI) art. 9º.³⁹ Ou seja, rejeitou-se a legitimidade ampla da ADPF e uma série de prerrogativas que seriam outorgadas para o Supremo Tribunal Federal, como ordenar a suspensão do ato impugnado ou do processo legislativo a que se refira, ou ainda a promulgação ou publicação do ato legislativo dele resultante.

A Presidência da República valeu-se do seguinte raciocínio para justificar os vetos aplicados, respectivamente, ao inciso II do parágrafo único do art. 1º; § 4º do art. 5º; art. 9º e inciso II do art. 2º do projeto de lei:⁴⁰

Impõe-se o veto das disposições acima referidas por inconstitucionalidade.

³⁸ Art. 7º, parágrafo único – O Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

³⁹ Eis o teor dos artigos vetados pela Presidência da República:

Art. 1º, parágrafo único, II – em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas casas, ou regimento comum do Congresso Nacional, no processo legislativo de elaboração de normas previstas no art. 59 da Constituição (Federal)

Art. 2º, II – qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público (sobre a propositura da ação)

Art. 2º, § 2º – Contra o indeferimento do pedido, caberá representação ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de cinco dias, que será processada e julgada na forma estabelecida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 5º, § 4º - Se necessário para evitar lesão à ordem constitucional ou dano irreparável ao processo de produção de norma jurídica, o Supremo Tribunal Federal poderá, na forma do *caput*, ordenar a suspensão do ato impugnado ou do processo legislativo a que se refira, ou ainda a promulgação ou publicação do ato legislativo dele resultante.

Art. 8º, § 1º - Considerar-se-á procedente ou improcedente a arguição se num ou outro sentido se tiverem manifestado dois terços dos Ministros.

Art. 8º, § 2º - Se não for alcançada a maioria necessária ao julgamento da arguição, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se sessão plenária na qual se atinja o *quórum* mínimo de votos.

Art. 9º - Julgando procedente a arguição, o Tribunal cassará o ato ou decisão exorbitante e, conforme o caso anulará os atos processuais legislativos subsequentes, suspenderá os efeitos do ato ou da norma jurídica decorrente do processo legislativo impugnado, ou determinará medida adequada à preservação do preceito fundamental decorrente da Constituição.

⁴⁰ MENSAGEM nº 1.807, de 3 de dezembro de 1999. Brasília, 3 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm. Acesso em: 3 nov. 2019.

Não se faculta ao Egrégio Supremo Tribunal Federal a intervenção ilimitada e genérica em questões afetas à "interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas casas, ou regimento comum do Congresso Nacional" prevista no inciso II do parágrafo único do art. 1º. Tais questões constituem antes matéria interna corporis do Congresso Nacional. A intervenção autorizada ao Supremo Tribunal Federal no âmbito das normas constantes de regimentos internos do Poder Legislativo restringe-se àquelas em que se reproduzem normas constitucionais. Essa orientação restou assentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 22503-DF, Relator para o Acórdão Ministro Maurício Corrêa, DJ 06.06.97, p. 24872. [...]

A seu turno, impõe-se o veto do § 4º do art. 5º pelas mesmas razões aduzidas para vetar-se o inciso II do parágrafo único do art. 1º, consubstanciadas, fundamentalmente, em intervenção excessiva da jurisdição constitucional no processo legislativo, nos termos da mencionada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O art. 9º, de modo análogo, confere ao Supremo Tribunal Federal intervenção excessiva em questão *interna corporis* do Poder Legislativo, tal como asseverado no veto oposto ao inciso II do parágrafo único do art. 1º. Com efeito, a disposição encontra-se vinculada à admissão da ampla intervenção do Supremo Tribunal Federal nos processos legislativos in genere. Assim, opostos vetos às disposições insertas no inciso II do parágrafo único do art. 1º e ao § 4º do art. 5º, torna-se imperativo seja vetado também o art. 9º.

[...]

A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público". A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais - modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade - sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso - torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento.

É dizer, sob o argumento de preservação de competência do Congresso Nacional e fragilização do sistema de controle concentrado, vetaram-se vários artigos do que viria a ser a Lei nº 9.882/99.

Contudo, os cortes feitos pelo Poder Executivo são motivos de consternação no âmbito acadêmico. Sobre o cenário de ausência de parâmetros claros na Lei nº 9.882/99, especialmente após os vetos do Poder Executivo, assevera Luís Roberto Barroso:^{41 42}

Há razoável consenso doutrinário de que a Lei n. 9.882/99 não apenas deixou de explicitar de forma clara o sentido e o alcance da arguição de descumprimento de preceito fundamental – acerca da qual havia amplo desencontro doutrinário – como, ademais, ainda criou algumas perplexidades adicionais [...] a disciplina lacônica dada pela lei transferiu ao Supremo Tribunal Federal um amplo espaço de conformação do instituto por via de construção jurisprudencial.

Contudo, este não foi o fim da controvérsia em torno da norma. Após sua publicação, em 03 de dezembro de 1999, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 27 de junho de 2000, ajuizou no STF a ADI 2.231, questionando a constitucionalidade da Lei nº 9.882/99. O requerente insurgiu-se contra todos os artigos da Lei nº 9.882, mas, em especial, os arts. 1º, parágrafo único; 5º, § 3º; 10, *caput*; § 3º; e art. 11. Sustentou que o legislador extrapolou os limites constitucionais, conferindo poderes não previstos no texto constitucional ao Supremo Tribunal Federal. Haveria, portanto, afrontado os princípios do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF) e da separação dos poderes (art. 2º da CF).

O relator do processo, Ministro Néri de Silveira, votou no seguinte sentido:⁴³

Deferindo, em parte, a medida liminar, com relação ao inciso I do parágrafo único do artigo 1º, da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, para excluir, de sua aplicação controvérsia constitucional concretamente já posta em juízo, bem como foi deferindo, na totalidade, a liminar, para suspender o §3º do artigo 5º da mesma lei, sendo em ambos os casos o deferimento com eficácia ex nunc e até final julgamento da ação direta”

⁴¹ É relevante destacar que Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes são autores de direito constitucional e, ainda, Ministros do Supremo Tribunal Federal. Portanto, há momentos neste trabalho em são referenciados como autores e, em outros, como membros da Corte.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019. p. 358.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2231-MC**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessados: Presidente da República e Outros. Relator: Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1828554>. Acesso em 28 de set. de 2019.

Na ocasião, o julgamento foi suspenso após pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence. Após 14 anos, os autos foram redistribuídos ao Ministro Dias Toffoli que, em 25 de junho de 2019, devido ao transcorrer de extenso lapso temporal, converteu o julgamento cautelar em diligência. Até a conclusão deste trabalho, o mérito da ação continua pendente de julgamento na Corte.

Dessa forma, é razoável concluir que a trajetória da Lei nº 9.882/99 foi marcada por discordâncias.

Apesar de significativos avanços terem sido proporcionados pela Lei nº 9.882/99, é razoável afirmar que a regulação proporcionada pela norma é, no mínimo, descompassada. A falta de coerência decorre dos desencontros na Comissão de elaboração da lei, das alterações legislativas e dos vetos presidenciais.

A referida lei, consequentemente, desde sua publicação, teve sua validade e eficácia questionada, no âmbito jurídico – tomando por exemplo a referida ADI 2.231 – e a doutrinário.

Assim sendo, é matéria razoavelmente pacífica que os desencontros na elaboração da arguição de descumprimento de preceito fundamental dificultam o estabelecimento do procedimento da ação.

2. SUBSIDIARIEDADE: APONTAMENTOS SOBRE A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Ao realizar levantamento doutrinário sobre a subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, constata-se o quão intrincado é o modelo brasileiro de controle da constitucionalidade.⁴⁴ Ademais, compreende-se que o debate sobre o “novo” instrumento deste modelo “tornou-se excessivamente técnico e complexo”.⁴⁵

Depreende-se que é necessário elaborar panorama do funcionamento da ação aqui estudada antes de se aprofundar nos textos acadêmicos. É dizer, fornecer os liames da ADPF antes de analisar os posicionamentos acadêmicos sobre aspectos específicos do seu cabimento.

Assim sendo, o presente capítulo fará breves explicações sobre as espécies de arguição de descumprimento; seu objeto com foco no que se entende por “preceito fundamental” e “ato do poder público” e os demais pressupostos de cabimento da ADPF, antes de adentrar estudo especificamente voltado para a subsidiariedade da ação. Por fim, haverá delineamento das várias posições acadêmicas sobre o objeto deste estudo.

Esta segunda parte almeja, portanto, elaborar panorama do funcionamento da ADPF e, principalmente, do entendimento acadêmico sobre o tema, com o intuito de auxiliar na compreensão das decisões do STF ou, até mesmo, indicar certas incoerências no pensamento dos seus Ministros.

⁴⁴ TAVARES, André R. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise da evolução do instituto sob a Constituição de 1988**. Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/jurisducao-constitucional-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-analise-da-evolucao-do-instituto-sobre-a-constituicao-de-1988/view>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁴⁵ *Ibidem*.

2.1. ESPÉCIES DE ARGUIÇÃO E PRESSUPOSTOS DE CABIMENTO

Extraí-se da atual regulação dada à arguição de descumprimento de preceito fundamental que, para compreender o requisito da subsidiariedade, é indispensável o estudo das variadas peculiaridades da ADPF.

Conforme já mencionado no capítulo anterior, a legislação atinente é marcada por lacunas e descompassos, mas também devido ao próprio caráter da subsidiariedade – o esgotamento de todos os outros meios eficazes de sanar a lesividade a preceito fundamental – é necessário elaborar análise, em um primeiro momento, mais ampla do instituto.

Assim sendo, para minuciosa análise do caráter subsidiário da arguição de descumprimento de preceito fundamental, não basta identificar as hipóteses de sua propositura. É igualmente essencial o entendimento de quando não se está diante de ajuizamento da arguição.

Logo, a primeira metade deste capítulo será dedicada aos aspectos gerais do cabimento e do objeto da ADPF para, na sua segunda parte, haver o exame da subsidiariedade da ação.

Feitas estas considerações, pode-se extrair da Lei nº 9.882/99 duas formas de ADPF: a arguição autônoma e a incidental.⁴⁶

A sua forma autônoma está prevista no art. 1º, *caput* da referida lei, nos seguintes termos: “A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Trata-se, portanto, de instrumento do controle concentrado voltado para a tutela de preceitos fundamentais lesados por atos do Poder Público.

⁴⁶ Classificação adotada por Daniel Sarmento e Juliano Taveira Bernardes. SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: Tavares, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001. p. 85-108. BERNARDES, Juliano. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Revista Jurídica Virtual: Presidência da República, 8 jan. 2000. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download>. Acesso em: 29 set. 2019.

Os seus pressupostos de cabimento incluem, conforme elenca Luís Roberto Barroso,⁴⁷ (I) subsidiariedade; (II) ameaça ou afronta a preceito fundamental; e (III) ato estadual ou equiparável suscetível de gerá-la.

Destaca-se que, assim como as demais ações do controle concentrado (ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ação declaratória de inconstitucionalidade), a ADPF autônoma é ação abstrata.

Comparada à ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ambas possuem o mesmo rol de legitimados para propô-las, entretanto, diferentemente da ação direta, o cabimento da ADPF é restrito a preceitos fundamentais (e não qualquer norma constitucional). O objeto da arguição também é mais abrangente, engloba as três esferas de poder e não se restringe aos atos normativos.

Destarte, a segunda forma de ADPF, a incidental, suscita mais cautela. Luís Roberto Barroso levanta críticas acerca da própria denominação do instituto como “incidental”.⁴⁸

Esta segunda forma decorre do art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.882/99, consignada sob o seguinte teor: “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

É ferramenta destinada a provocar a apreciação do Supremo Tribunal Federal sobre relevante controvérsia constitucional sendo debatida em qualquer juízo ou tribunal, quando não houver outra forma idônea de tutelar preceito fundamental.

Efeitos desta ação incluem a possível suspensão liminar dos processos em trâmite sobre o mesmo tema (art. 5º, § 3º, da Lei nº 9.882/99), até julgamento final da ADPF que, como as demais ações do controle concentrado, terá eficácia *erga omnes* e vinculante (art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/99). A tese, nas palavras de Luís Roberto

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019. p. 358.

⁴⁸ Afirma Barroso que o “caráter incidental da arguição sugere que ela seja suscitada no âmbito de um processo, por uma das partes, por terceiro com legitimidade para intervir ou de ofício pelo órgão judicial. Nenhuma dessas hipóteses está presente aqui. André Ramos Tavares emprega o termo paralela (Arguição de descumprimento de preceito fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei, p. 62), que melhor identifica a situação, mas não foi seguido por outros autores. O termo incidental também não identifica adequadamente a natureza da arguição, que é suscitada e, ação própria, na qual se exerce jurisdição abstrata e concentrada”. BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019. p. 358.

Barroso, é que o “caso concreto pendente será julgado pelo juiz ou tribunal competente e que já exercia jurisdição sobre a causa”.⁴⁹

Os requisitos necessários para a sua propositura são (I) subsidiariedade; (II) ameaça ou lesão a preceito fundamental; (III) relevante controvérsia constitucional; e (IV) se referir a lei ou ato normativo – e não qualquer ato do Poder Público.

Entretanto, com o veto ao art. 2º, II, do PL nº 17/99, que estabelecia a possibilidade de ajuizamento da ação por qualquer pessoa lesada ou ameaçada, o direito de propositura de ambas as arguições “concentrou-se no mesmo elenco de legitimados”.⁵⁰ Assim sendo, a conclusão tanto jurídica quanto lógica é que a arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental é mais penosa do que sua contraparte autônoma, pois existem consideravelmente mais requisitos para sua propositura e, sendo o rol de legitimados o mesmo para ambas as formas de ADPF, seu uso é consideravelmente reduzido.

Exposta a conjuntura em que a subsidiariedade está imersa, passa-se à análise perfunctória dos demais requisitos.

2.1.1. PRECEITO FUNDAMENTAL

O alcance da expressão “preceito fundamental” não foi delimitado na Constituição ou Lei nº 9.882/99. Ou seja, nos textos normativos concernentes não há guarida sobre o tema. A tarefa, portanto, foi transferida para a doutrina e a “casuística da jurisprudência”.⁵¹

O estudo sobre preceitos fundamentais baseia-se em importante premissa: princípios constitucionais não são, necessariamente, preceitos fundamentais. Esta afirmação abre complexo e, para o tema aqui estudado, afastável debate acerca da hierarquia de normas constitucionais. Em breves pinceladas e com respaldo nas palavras de Daniel Sarmento,⁵² do ponto de vista jurídico-formal, “inexiste hierarquia

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019. p. 359.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: Tavares, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de descumprimento**

entre normas da Constituição, é certo que algumas são mais relevantes que outras, desfrutando de primazia, na ordem de valores em que se esteia o direito positivo”.⁵³

Acerca do propósito da arguição de descumprimento de preceito fundamental, Celso Bastos e Alexis Galiás de Souza Vargas advertem que esta ação não se propõe a fiscalizar lesão a todo e qualquer dispositivo constitucional, mas sim aos “grandes princípios e regras basilares deste diploma”.⁵⁴

O legislador, assim sendo, não estabeleceu rol taxativo sobre quais normais se enquadrariam neste critério. Valeu-se, portanto, de conceito jurídico indeterminado.^{55 56}

2.2. ATO DO PODER PÚBLICO

A vasta acepção do termo “ato do poder público” emana do art. 1º da Lei nº 9.882/99, que porta a seguinte redação:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.”

É dizer, a arguição de descumprimento de preceito fundamental abraça, conjuntamente, atos normativos, administrativos e jurisdicionais.

Ao prever o cabimento da ADPF contra todos os atos emanados pelo Poder Público, naturalmente, atingiram-se ações como contratos administrativos, decisões de tribunais de contas, editais de licitações e de concurso, entre tantos outros atos.

de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001. p. 100. Ainda sobre o tema CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, pp. 196-197

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; VARGAS, Alexis Galiás de Souza. **A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatória**. Revista Jurídica Virtual. ano 1, n. 8. Brasília, jan. 2000. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view>. Acesso em: 29 set. 2019.

⁵⁵ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6ª ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkianp. p. 205-274.

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. Aparentamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: Tavares, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental:** análises à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001. p. 101.

Luís Roberto Barroso, inclusive, acentua que atos privados “devem ser equiparados aos praticados por autoridades públicas”.⁵⁷ Ainda sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes constata que:⁵⁸

Subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado (interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal).

Ressaltada a amplitude do termo “atos do Poder Público”, destacam-se as principais inovações e controvérsias atinentes às ações de autoridades e seus equiparados no cabimento da ADPF. Questões como: (I) atos normativos municipais; (II) controle preventivo de atos legislativos; (III) normas pré-constitucionais; e (IV) decisões judiciais.

O acionamento do controle concentrado do Supremo Tribunal Federal em face de normas municipais foi significativa novidade trazida pela arguição de descumprimento de preceito fundamental. Cabe à ADPF, portanto, questionar atos normativos das esferas federais, estaduais, distritais e municipais – diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade, adstrita às normas da União, dos Estados e do Distrito Federal.⁵⁹

Com a Lei nº 9.882/99 surgiu pertinente questionamento: é possível controle preventivo de constitucionalidade pela via da ADPF? Os requisitos da subsidiariedade e de ato do poder público seriam contemplados devido à inadmissibilidade de ação direta de inconstitucionalidade contra ato legislativo em fase de formação como, por exemplo, proposta de emenda constitucional ou projeto de lei. É negativa a resposta de Luís Roberto Barroso⁶⁰ para a questão:

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019. p. 360.

⁵⁸ MENDES, Gilmar. **Estado de direito e jurisdição constitucional**. 1º ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 970.

⁵⁹ Jurisprudência antiga e reiterada do Supremo Tribunal Federal pelo não cabimento de ADI contrapondo lei municipal à Constituição Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 209**. Requerente: Federação Nacional dos Corretores de Imóveis. Interessados: Senado Federal e Outros. Relator: Ministro Sydney Sanches. DJU, 11 set. 1998. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1495376>>. Acesso em 05 de out. de 2019.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019. p. 360.

A despeito da redação aberta do *caput* do art. 1º, que fala em “ato do Poder Público”, sem qualquer limitação, a verdade é que dispositivos da Lei nº 9.882/99 que expressamente previam a ingerência do processo legislativo por via de ADPF - § 4º do art. 5º e art. 9º - foram vetados pelo Presidente da República, sob fundamento de que se permitiria ao Supremo Tribunal Federal interferir em questões *interna corporis* do Legislativo.

Conforme delineado em capítulo anterior (“1.2. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999”), a proposta da lei disciplinadora da ADPF sofreu uma série de vetos presidenciais. Estes desfiguraram certas previsões do instituto, dentre elas, a de controle preventivo de constitucionalidade de ato normativo.

Outra inovação da ADPF é a possibilidade de haver controle do direito pré-constitucional. O art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.882/99⁶¹ expressamente estabelece a competência do instituto para julgar a matéria.

Ademais, existe, por óbvio, a via recursal para questionar atos judiciais. Em regra, para superar o óbice da subsidiariedade, há que completamente esgotá-la. Entretanto, em casos de gravíssimo equívoco “*in procendo e in iudicando*, com ameaça ou lesão a preceito fundamental e havendo relevância na controvérsia constitucional”⁶² e, desde que a decisão não tenha transitado em julgado, o Supremo Tribunal Federal firmou sua jurisprudência na possibilidade de ajuizamento. Exemplos de decisões com este teor incluem a ADPF 54 (examinou decisões que apreciaram a interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalo) e ADPF 324 (admitiu e julgou decisões da Justiça do Trabalho sobre a terceirização de atividades).

Por óbvio, as questões delimitadas acima não são os únicos aspectos intrigantes da relação entre atos do Poder Público e a ADPF. Muito se pode falar acerca de atos políticos, controle de omissão legislativa e até mesmo afronta às normas regimentais legislativas. É, de fato, de debate complexo e enriquecedor, contudo, serão ressaltadas as questões estritamente pertinentes à subsidiariedade.

Assim sendo, para compreender o intrincado contexto em que a subsidiariedade está inserida é necessário, mesmo que brevemente, ponderar sobre

⁶¹ “Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”

⁶² BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019. p. 388.

seus demais requisitos.⁶³ Feita esta análise, passa-se ao estudo específico do caráter subsidiário da ADPF.

2.3. SUBSIDIARIEDADE

A subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental está consagrada no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, disposto da seguinte forma: “Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. Trata-se, portanto, de requisito de cabimento da ADPF.

Pressupõe a inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão a preceito fundamental. Dessa forma, e conforme explanado em capítulo anterior, não possui matriz constitucional, mas legal.

O tema da subsidiariedade é envolto em controvérsias. A análise de Luís Roberto Barroso é que “a doutrina e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm oscilado na compreensão desse dispositivo, gerando manifestações antagônicas”.⁶⁴

É dizer, há desalinhamento do discurso jurisprudencial e doutrinário acerca do entendimento e alcance do caráter residual da ADPF. As próximas páginas se referem à análise dos variados entendimentos do pensamento constitucionalista sobre o tema.

⁶³ Para breve cotejamento entre a ADPF e aqueles outros três instrumentos de jurisdição constitucional existentes no direito comparado, com destaque para as diferenças entre eles, ver SARMENTO, Daniel. **Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de Preceito Fundamental**. In: Tavares, André Ramos; Rothemburg, Walter Claudius (org.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 88-90.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019. p. 388.

2.4. A DOUTRINA E A SUBSIDIARIEDADE

A questão da subsidiariedade não é singela. Para melhor compreender seu funcionamento, não se pode negligenciar o imprescindível esteio doutrinário. Sustenta André Ramos Tavares sobre o inafastável respaldo da academia:⁶⁵

Mesmo após quase uma década de uso e debates desse novel instituto, não alcançou ele um mínimo de consolidação na jurisprudência e votos proferidos no Supremo Tribunal Federal, cumprindo, aqui, à doutrina, o papel de debruçar-se sobre esse intrincado problema, identificando as dificuldades, necessidades e possibilidades, bem como apontando para soluções hermenêuticas dentro de uma compreensão constitucionalmente adequada.

Cumpra-se ressaltar, portanto, que existem divergências até no meio acadêmico quanto ao caráter residual da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Pode-se, razoavelmente, identificar três correntes acerca da subsidiariedade: (I) a primeira pela sua inconstitucionalidade; (II) a segunda prega a constitucionalidade e interpretação literal do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99; (III) e a terceira defende a constitucionalidade do instituto, mas advoga por interpretação mais restritiva do caráter residual da ADPF.

O argumento central da primeira corrente envolve a previsão (ou a falta dela) da subsidiariedade no art. 102, § 1º da Constituição. Argumenta que o texto constitucional somente “autorizou lei a dar forma ao instituto, e não restringir seu

⁶⁵ TAVARES, André R. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise da evolução do instituto sob a Constituição de 1988**. Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/jurisducao-constitucional-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-analise-da-evolucao-do-instituto-sobre-a-constituicao-de-1988/view>. Acesso em: 10 out. 2019.

conteúdo”.⁶⁶ Não havendo previsão constitucional para o mecanismo da subsidiariedade, não caberia à lei criá-la.

Reivindica, portanto, não a subsidiariedade da ADPF, mas sua preferência, com exclusão das demais ações, nas hipóteses de configuração de afronta aos preceitos fundamentais.

É dizer, o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 não poderia criar obstáculo à ADPF, ação de matriz constitucional. Não se deve interpretar a norma constitucional com subordinação à vontade do legislador. Eis relato de André Ramos Tavares sobre a discussão.⁶⁷

Esta tese, da especialidade, opera no âmbito estritamente constitucional. Isso quer significar que se trata de uma interpretação sobre o espaço próprio da ADPF que considera estritamente as normas constitucionais. O mecanismo do § 1º art. 4º da Lei n. 9868/99, a seguir analisado, geralmente denominado de cláusula da subsidiariedade, seria, nesta medida, inconstitucional.

Dessa forma, compreende-se não conter na ADPF caráter residual ou subsidiário, pois a Constituição não forneceria indícios para esta interpretação e este uso do instituto.

A segunda corrente, defendida por autores como Alexandre de Moraes e Zeno Veloso, assume posição diametralmente oposta à primeira: diante de qualquer outro meio judicial capaz de sanar a lesividade, não há de se falar em cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Ou seja, entende ser constitucional a norma e defende a interpretação literal do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99. Assim sendo, não se configuraria hipótese ensejadora de ADPF quando houver “qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

A subsidiariedade, portanto, além de não se restringir às ações do controle concentrado, englobaria todo o aparato jurídico, como recursos, ações individuais, mandado de segurança, ação popular, ação civil pública.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019. p. 388.

⁶⁷ TAVARES, André Ramos. **Repensando a ADPF no complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade**. In: Universidade Presbiteriana Mackenzie, p.01 Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/andre_amos2.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

Consigne-se o entendimento de Alexandre de Moraes quanto ao tema:⁶⁸

A lei expressamente veda a possibilidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Obviamente, esse mecanismo de efetividade dos preceitos fundamentais não substitui as demais previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade, tais como o habeas corpus, habeas data; mandado de segurança individual e coletivo; mandado de injunção; ação popular; ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade.

O autor também consubstancia seu entendimento nos textos de Konrad Hesse, descrevendo situação análoga do *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão.⁶⁹

“(...) o princípio geral da subsidiariedade do recurso constitucional (...) só é admissível se o recorrente não pôde eliminar a violação de direitos fundamentais afirmada por interposição de recursos jurídicos, ou de outra forma, sem recorrer ao Tribunal Constitucional federal.”

Zeno Veloso, por sua vez, descreve a ADPF como “remédio excepcional, último, extremo”.⁷⁰ Devido à amplitude e complexidade do nosso sistema judicial e, em razão do caráter residual da arguição, “não há como deixar de concluir que sua utilização será possível em casos muito raros e limitados”.⁷¹

É dizer, somente na hipótese de todas as medidas cabíveis, de maneira exaustiva, serem ineficazes, é que se fala em ajuizamento da arguição. Esta corrente permite, portanto, a leitura da ADPF como uma espécie “recursal” final, após o exaurimento dos mecanismos existentes.

Por fim, a terceira corrente sustenta a subsidiariedade como a ideia do caráter residual exclusivamente dentro do controle abstrato-concentrado. Ou seja, compreende a arguição de descumprimento de preceito fundamental como um mecanismo somente utilizado nas lacunas no controle abstrato-concentrado de constitucionalidade. Seria, portanto, uma interpretação teleológica do instituto.

A vertente intermediária leva em conta a natureza objetiva da ADPF, seu caráter vinculante e *erga omnes*. Sustenta, de forma central, que dificilmente ação

⁶⁸ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 34ª ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 1053.

⁶⁹ MORAES, Alexandre. Anexo B – Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. In: **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 2450

⁷⁰ VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 306.

⁷¹ *Ibidem*.

individual ou coletiva de natureza subjetiva alcançará o mesmo efeito da arguição e, assim sendo, o parâmetro de subsidiariedade está adstrito às ações do controle abstrato.

Logo, não se tratando de hipótese de cabimento de ação direta de constitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão ou ação declaratória de constitucionalidade, a situação será amparada via ADPF no seu acionamento do Supremo Tribunal Federal.

Há de se fazer a ressalva de que não é toda demanda subjetiva que pode ser ajuizada na Corte. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade “não se destina a absorver toda e qualquer discussão objetiva envolvendo questões constitucionais”.⁷² Portanto, o ajuizamento de ADPF está vinculado ao não cabimento das demais ações do controle concentrado-abstrato e também à possibilidade de provocação do STF dentro desta jurisdição abstrata.

Este o cenário, pode-se concluir que não há consenso doutrinário sobre o alcance da subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Nas próximas páginas, será analisada a jurisdição constitucional quanto ao tema e, apesar dos desencontros, as conclusões doutrinárias serão vitais para analisar os julgados e dimensionar os efeitos dessas decisões.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019. p. 389.

3. ADMISSIBILIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: OS LIMITES DEFINIDOS NA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA PARA A SUBSIDIARIEDADE DA ADPF.

Construiu-se, no desenrolar do presente trabalho, o raciocínio de que o alcance da subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental depende da interpretação do Supremo Tribunal Federal.⁷³ Acerca do tema, Daniel Sarmento aduz:⁷⁴

"ao valer-se de um conceito jurídico indeterminado, a lei conferiu uma maleabilidade maior à jurisprudência, que poderá acomodar com mais facilidade mudanças no mundo dos fatos, bem como a interpretação evolutiva da Constituição".

A subsidiariedade foi estabelecida pela Lei nº 9.882/99, mas devido à sua previsão lacônica e aos desencontros legislativos (descritos no primeiro capítulo), transferiu-se o esforço de discipliná-la para a jurisdição constitucional.

A questão, enfim, nos remete à advertência de Charles Hughes de que a Constituição é, no fundo, aquilo que os Tribunais dizem que ela é.⁷⁵

As decisões do Supremo Tribunal Federal refinam o que se entende por “qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade” e, assim, estabelecem a aplicabilidade e eficácia de ação cujo escopo é de suma importância: a proteção dos preceitos constitucionais fundamentais.

Logo, a terceira parte do presente trabalho se debruçará sobre as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal acerca da subsidiariedade da ADPF. Procura-se, portanto, identificar o entendimento da Corte sobre o tema ou, sendo o caso, constatar possíveis incoerências nos posicionamentos do STF.

⁷³ MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1154.

⁷⁴ SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: Tavares, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 101.

⁷⁵ Acerca da afirmação proferida pelo então Ministro da Suprema Corte norte-americana, que entendo tratar-se de sofisma, ver as críticas de Sebastián Soler (*La interpretación de la ley*. 1ª ed., Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, págs. 89-90) e Inocêncio Mártires Coelho (**Constitucionalidade/Inconstitucionalidade: uma questão política?**. Revista do Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 221, 2000. Disponível em: [bibliotecadigital.fgv.br › ojs › index.php › rda › article › download](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download). Acesso em: 28 set. 2019.)

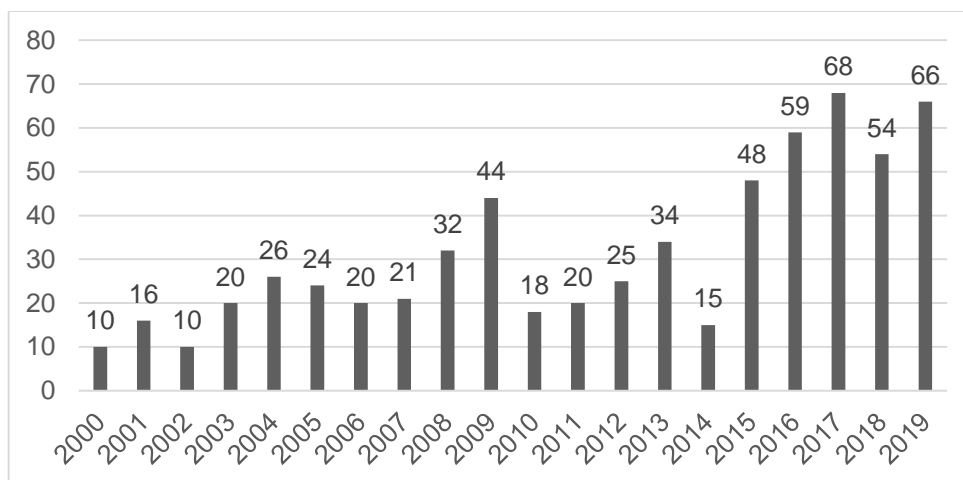
3.1. ANÁLISE DE DADOS SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A ADPF

Inicia-se esta análise valendo-se de dados sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental no Supremo Tribunal Federal com o intuito de empiricamente delimitar o objeto do estudo.

Conforme já mencionado, a ADPF é instrumento do controle concentrado com crescente utilização e popularização.⁷⁶ Assim, para dimensionar a questão aqui debatida, foram levantados dados sobre jurisdição constitucional e a ADPF.

Em consulta ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal,⁷⁷ de 1º de janeiro de 2000 até 13 de outubro de 2019, registrou-se o ajuizamento de 610 arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Figura 1 – Número de ADPFs ajuizadas no Supremo Tribunal Federal de 1º de janeiro de 2000 a 13 de outubro de 2019.



Fonte: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019.

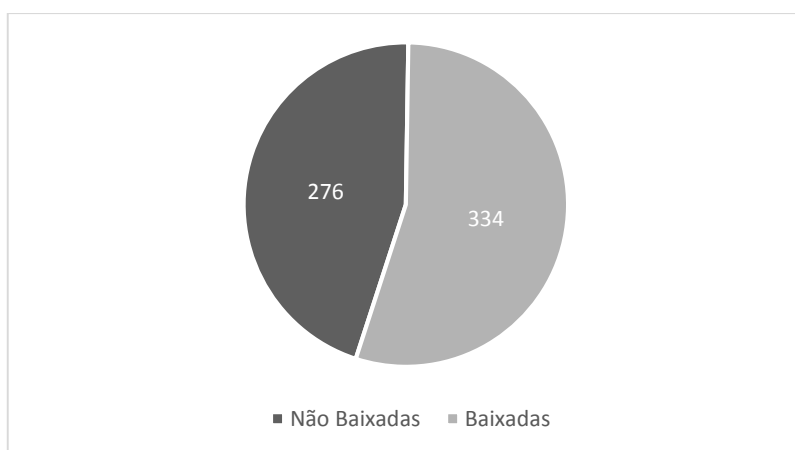
⁷⁶ Conforme dados fornecidos pelo sítio eletrônico do STF, em 2014 foi ajuizada uma ADPF; em 2015, o número saltou para 26 ADPFs; em 2017, 48 arguições; em 2018, houve pequeno decréscimo no número de ADPFs e 36 foram protocoladas; e, até 25 de setembro de 2019, haviam sido ajuizadas 53 ADPFs. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). 30 Anos da Constituição Federal. **Constituição 30 anos**: ADPF está entre as inovações trazidas pela Carta de 88. Brasil: Supremo Tribunal Federal, 26 out. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393978>. Acesso em 24 de set. de 2019.

⁷⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). **Estatísticas do controle concentrado**. Brasil: Supremo Tribunal Federal, 25 set. 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/estatistica/ControleConcentradoGeral/C_C_Geral.mhtml. Acesso em 13 de out. de 2019.

Assim, nos últimos seis anos (à exceção do ano 2018), constata-se o crescente acionamento do STF via arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Das 610 ações ajuizadas no STF, 334 foram baixadas desde 1º de janeiro de 2000.

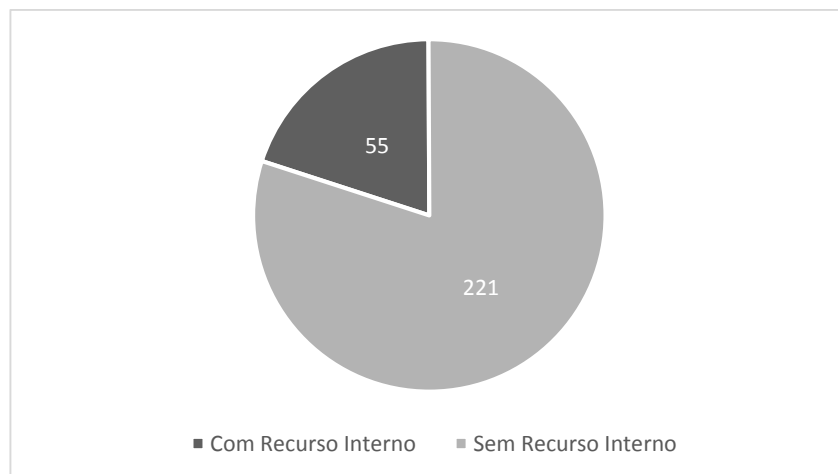
Figura 2 – Número de ADPFs que permanecem no acervo do Supremo Tribunal Federal e já transitadas em julgado.



Fonte: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019.

As ADPFs representam 12,4% do acervo total do Supremo Tribunal Federal. Atualmente, portanto, há 276 ADPFs em tramitação na Corte (destas, 55 estão com algum recurso interno pendente e as demais pendem de julgamento de mérito).

Figura 3 – Número de ADPFs com julgamento de mérito e recursos internos pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal.



Fonte: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019.

Feita esta contextualização, segue a análise de entendimentos significativos exarados pelo Supremo Tribunal Federal sobre a subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental

3.2. ANÁLISE DE CASOS

A análise presente nas próximas páginas será assim delineada: (I) primeiro, será examinado o entendimento da Corte sobre a própria constitucionalidade do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/9; (II) segundo, serão estudadas as quatro correntes majoritárias dentro do STF sobre a subsidiariedade; (III) terceiro, serão citadas decisões emblemáticas sobre temas que permeiam o caráter residual da ADPF; e, (IV) por fim, serão analisadas possíveis inconsistências no discurso do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

3.2.1. A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4, § 1º DA LEI Nº 9.882/99: ADPF 17-AGR E ADPF 126-MC

Apesar de haver entendimento doutrinário (minoritário, mas defendido por acadêmicos como José Afonso da Silva) e o ajuizamento da ADI 2.231 pela Ordem dos Advogados do Brasil pleiteando a inconstitucionalidade da Lei nº 9.882/99, a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal é no sentido da constitucionalidade da referida norma e, conseqüentemente, pela constitucionalidade do requisito da subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A título exemplificativo, extrai-se a posição favorável do STF à constitucionalidade do caráter residual da ADPF de duas ações de relatoria do Ministro Celso de Mello.

Em 12 de junho de 2002, ou seja, menos de três anos após a publicação da Lei nº 9.882/99, julgou-se o Agravo Regimental na ADPF 17. Na ocasião, reiterou-

se a jurisprudência pela constitucionalidade da subsidiariedade. A decisão foi assim ementada:⁷⁸

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (CF, ART. 102, § 1º) - AÇÃO ESPECIAL DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL - PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (LEI Nº 9.882/99, ART. 4º, § 1º) - EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO APTO A NEUTRALIZAR A SITUAÇÃO DE LESIVIDADE QUE EMERGE DOS ATOS IMPUGNADOS - INVIABILIDADE DA PRESENTE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

- O ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes: ADPF 3/CE, ADPF 12/DF e ADPF 13/SP.

[...]

A norma inscrita no art. 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99 - que consagra o postulado da subsidiariedade - estabeleceu, validamente, sem qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto negativo de admissibilidade da argüição de descumprimento de preceito fundamental, pois condicionou, legitimamente, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional, à observância de um inafastável requisito de procedibilidade, consistente na ausência de qualquer outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado

O Ministro Celso de Mello, ademais, destaca os efeitos nocivos de jurisprudência voltada, exclusivamente, a obstar o acesso ao Supremo Tribunal Federal. A deturpação do instituto da subsidiariedade acarretaria, portanto, na “inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição”.⁷⁹ Este entendimento foi reiterado, por exemplo, na ADPF 157-MC, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa.⁸⁰

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 17-AgR**. Requerente: Governador do Estado do Amapá. Interessado: Tribunal de Justiça do Estado do Amapá e Outros. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 05/06/2002. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1971312>. Acesso em 20 de out. de 2019.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 126-MC**. Requerente: Partido Popular Socialista. Interessado: Presidente da República e Outro. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 21/02/2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4056798>. Acesso em 13 de out. de 2019.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 157-MC**. Requerente: Partido Popular Social Interessado: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ 18/12/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2652475>. Acesso em 16 de out. de 2019.

É dizer, apesar de suas discordâncias sobre os critérios e o alcance da subsidiariedade da ADPF – que serão analisadas nas páginas seguintes –, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado, ao menos, quanto à sua constitucionalidade.

3.2.2. CORRENTES MAJORITÁRIAS DENTRO DO STF SOBRE A SUBSIDIARIEDADE

O presente trabalho foi construído para analisar o entendimento do STF sobre a subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Logo, o presente trecho é ponto fulcral deste estudo.

Conforme depreende-se de subcapítulo anterior (“3.1. Análise de Dados sobre a Jurisdição Constitucional e a ADPF”) foram ajuizadas 610 ADPFs. Algumas permanecem sem decisão de mérito, mas, para melhor analisar as que tiveram pronunciamentos dos Ministros, os julgados foram divididos em grupos.

Pode-se organizar, razoavelmente, o entendimento do STF sobre a subsidiariedade da ADPF em quatro categorias: (I) a primeira entende subsidiariedade como a ausência de cabimento de ação diversa; (II) a segunda vale-se somente das ações do controle concentrado como parâmetro; (III) a terceira analisa a eficácia das medidas cabíveis; (IV) a quarta defende subsidiariedade como o esgotamento das vias possíveis para sanar a lesão ou a ameaça de lesão a preceitos fundamentais.

3.2.2.1. CABIMENTO DE AÇÃO DIVERSA COMO PARÂMETRO DA SUBSIDIARIEDADE: ADPF 3, ADPF 12, ADPF 13, ADPF 93- AGR, ADPF 141-AGR, ADPF 172-REF-MC E ADPF 228

Cumpra-se ressaltar, desde já, que a compreensão da subsidiariedade da arguição de descumprimento como a ausência de outro meio cabível é o entendimento possuidor de maior guarida no Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de corrente inaugurada na Corte pela ADPF 3, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, e fortalecida pelas ADPF 12 e ADPF 13, ambas de relatoria do Ministro Ilmar Galvão. Sedimentaram a previsão de que o cabimento da arguição

de descumprimento é regido pelo princípio da subsidiariedade e isto implica “não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado”.⁸¹

Este entendimento já foi reiterado inúmeras vezes, a exemplo da ADPF 93-AgR e ADPF 141-AgR, ambas de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, este último julgado ementado da seguinte forma:⁸²

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. INOBSERVÂNCIA DO ART. 212 DO TEXTO CONSTITUCIONAL. PREFEITO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DA ALEGADA LESÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

I – Aplicação do princípio da subsidiariedade. A arguição de descumprimento de preceito fundamental somente pode ser utilizada quando houver o prévio esgotamento de outros meios processuais, capazes de fazer cessar a lesividade ou a potencialidade danosa dos atos omissivos questionados.

II - A Lei 8.429/1992 e o Decreto-lei 201/1967, dentre outros, abrigam medidas aptas a sanar a ação omissiva apontada.

III – Não está evidenciado, ademais, documentalmente, o descumprimento de preceito fundamental, seja na inicial da ADPF, seja no presente recurso.

IV – Agravo improvido.

Eis entendimento exarado pelo Ministro Marco Aurélio na ocasião do julgamento da ADPF 172 MC-REF:⁸³

Já agora, trago o processo à bancada para o crivo do Colegiado presente, inclusive, o fato de o § 1º do artigo 4º da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, preceituar a inadmissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

⁸¹ Descrição fornecida no voto da ADPF 17-AgR. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 17-AgR**. Requerente: Governador do Estado do Amapá. Interessado: Tribunal de Justiça do Estado do Amapá e Outros. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 05/06/2002. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1971312>. Acesso em 20 de out. de 2019.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 141-AgR**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Interessado: Município do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ 17/06/2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2619569>. Acesso em 20 de out. de 2019.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 172-MC-REF**. Requerente: Partido Progressista. Interessado: João Paulo Bagueira Leal Lins e Silva e Outros. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ 16/06/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601123>. Acesso em 20 de out. de 2019.

Segue, ainda, trecho de julgado de relatoria da Ministra Cármen Lúcia com o mesmo teor:⁸⁴

A arguição de descumprimento de preceito fundamental será subsidiária e, portanto, cabível se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade, não estando a eficácia da medida judicial utilizada condicionada à sua procedência.

O caso acima, por exemplo, trata de ação ajuizada pelo Partido da República (PR) em face do Decreto Legislativo nº 2/2011 da Câmara Municipal de Várzea Grande-MT. Questionou-se a competência municipal para criar lei sobre processamento dos crimes de responsabilidade de prefeitos. A Ministra Relatora, portanto, indeferiu o pedido sob o argumento de que haveria medida judicial plenamente cabível, no caso, o mandado de segurança.

Assim sendo, na linha dos julgados acima, que dispõem sobre o caráter residual da ADPF como, na existência de qualquer outra medida efetivamente capaz de sanar a afronta ao preceito fundamental em questão, não há de se falar em cabimento de ADPF.

Esta posição, entretanto, não leva em conta as peculiaridades e prerrogativas imbuídas somente às ações do controle concentrado. É dizer, o caráter *erga omnes* e o mecanismo não de tutela de direitos subjetivos, mas discussão sobre a validade da própria norma e compatibilidade com o texto constitucional, normalmente em caráter abstrato.⁸⁵

Não é intercambiável o uso de ações do controle concentrado e difuso. Estas cumprem diferentes propósitos e com efeitos, inclusive práticos, bastante distintos. Suas origens não são as mesmas – o controle difuso tem suas origens no sistema norte-americano em *Marbury vs. Madison* de 1803 e o controle concentrado se remete ao sistema austríaco.⁸⁶ Assim sendo, conclui-se que a próxima vertente a

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 228**. Requerente: Partido da República. Interessado: Câmara Municipal de Várzea Grande. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ 10/08/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4056798>. Acesso em 20 de out. de 2019

⁸⁵ CLEVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 76.

⁸⁶ CAPPELLETI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. São Paulo: Editora Fabris, 1984. p. 77.

ser estudada vai verdadeiramente ao encontro do propósito da ADPF, ação do controle concentrado que tutela preceitos fundamentais.

3.2.2.2. CONTROLE CONCENTRADO COMO PARÂMETRO DA SUBSIDIARIEDADE: ADPF 33, ADPF 76, ADPF 444, ADPF 513-MC

É vertente jurisprudencial que defende a análise da subsidiariedade dentro do escopo das demais ações do controle concentrado-abstrato (ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou ação declaratória de constitucionalidade). Privilegia, no estudo sobre a eficácia da proteção de preceitos fundamentais, o prevalecimento do caráter objetivo do instituto. Ou seja, afasta a interpretação literal de que não será cabível ADPF “quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade” (art. 4º, § 1º) e privilegia-se a proteção da ordem constitucional objetiva.

Eis o voto de relatoria do Ministro Gilmar Mendes na ADPF 33 sobre a questão:⁸⁷

À primeira vista poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar a eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no direito alemão (recurso constitucional) e no direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático.

De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial.

Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão-, contido no § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882, de 1999, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global.

Nesse sentido, se se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), meio eficaz de sanar a lesão

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 33**. Requerente: Governador do Estado do Pará. Interessado: Instituto do Desenvolvimento Econômico-Social do Pará. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ 07/12/2005.
Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>. Acesso em 20 de out. de 2019.

parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.

[...]

Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata -, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Assim, levando-se em conta o caráter objetivo da ADPF e os efeitos pertencentes unicamente a este tipo de ação constitucional – entenda-se, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante –, compreende-se que as únicas ações aptas a darem a devida eficácia são os demais instrumentos do controle concentrado.

O Ministro Gilmar Mendes, em outras ocasiões, reiterou o entendimento exarado na ADPF 33 como na ADPF 76 e ADPF 444.

Na ADPF 444, na qual buscava a não-recepção parcial do art. 260 do Código de Processo (CPP), na parte em que permite a condução coercitiva para realização de interrogatório, valeu-se de ADPF por se tratar de norma pré-constitucional. Portanto, além de intrigante debate sobre a recepção de normas, sobre a subsidiariedade da questão, o Ministro Relator Gilmar Mendes assim entendeu:⁸⁸

Assim, **tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional.** Nesse sentido, destaco decisão monocrática do Min. Celso de Mello, na ADPF 126-MC, datada de 19.12.2007:

“O diploma legislativo em questão – tal como tem sido reconhecido por esta Suprema Corte (RTJ, 189/395-397, v. g.) – consagra o princípio da subsidiariedade, que rege a instauração do processo objetivo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, condicionando o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional à ausência de qualquer outro meio processual apto a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade indicada pelo autor: (...) O exame do precedente que venho de referir (RTJ 184/373-374, rel. min. Celso de Mello) revela que o princípio da subsidiariedade não pode – nem deve – ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 444**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado: Presidente da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149497>. Acesso em 4 de nov. de 2019.

está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República. (...) Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização dessa nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental causada por ato do Poder Público. Não é por outra razão que esta Suprema Corte vem entendendo que a invocação do princípio da subsidiariedade, para não conflitar com o caráter objetivo de que se reveste a arguição de descumprimento de preceito fundamental, supõe a impossibilidade de utilização, em cada caso, dos demais instrumentos de controle normativo abstrato: (...) A pretensão ora deduzida nesta sede processual, que tem por objeto normas legais de caráter pré-constitucional, exatamente por se revelar insuscetível de conhecimento em sede de ação direta de inconstitucionalidade (RTJ 145/339, Rel. Min. Celso de Mello – RTJ, 169/763, Rel. Min. Paulo Brossard – ADI 129/SP, Rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, v. g.), não encontra obstáculo na regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99, o que permite – satisfeita a exigência imposta pelo postulado da subsidiariedade – a instauração deste processo objetivo de controle normativo concentrado. Reconheço admissível, pois, sob a perspectiva do postulado da subsidiariedade, a utilização do instrumento processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental”.

Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata – há de entender-se possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É o que ocorre, fundamentalmente, nas hipóteses relativas ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. (Grifou-se).

Novamente, pleiteando a análise da subsidiariedade da ADPF dentre os instrumentos do controle concentrado, tendo em conta o caráter objetivo da ADPF.

Em sentido semelhante, a ADPF 513-MC, de relatoria da Ministra Rosa Weber, privilegia a interpretação da subsidiariedade como ação residual dentro do sistema constitucional objetivo. Eis o teor da decisão exarada pela Ministra:⁸⁹

Não bastasse, tem sido prestigiada, na interpretação desse dispositivo, a consideração da eficácia típica dos processos objetivos de proteção da ordem constitucional, vale dizer, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante próprios ao controle abstrato de constitucionalidade. Significa afirmar que o referido dispositivo, ao consagrar o que a doutrina vem convencionando chamar de cláusula de subsidiariedade da arguição de descumprimento, exige, como

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 513-MC**. Requerente: Governador do Estado do Maranhão. Interessado: Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão e Outros. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJ 14/03/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5364100>. Acesso em 20 de out. de 2019.

condição de admissibilidade da ação, a inexistência de outro meio de sanar a lesividade que seja tão eficaz e definitivo quanto a ADPF, qual seja outra medida adequada no universo do sistema concentrado de jurisdição constitucional.

Dessa forma, conclui-se por haver robusta jurisprudência no Supremo Tribunal Federal, desde 2005 até a conclusão do presente trabalho, cingindo o princípio da subsidiariedade a viabilidade de admissão das demais ações do exercício do controle concentrado.

É dizer, para esta vertente se exige o não cabimento das demais ações do controle concentrado. Parece-me de todo razoável este posicionamento, vez que a ADPF é ação concentrada-abstrata e sua eficácia *erga omnes* é especialmente relevante na tutela de preceitos fundamentais. Existem instrumentos no controle difuso que possuem efeitos vinculantes, como é o caso da repercussão geral ou súmula vinculante; contudo, a questão do pronunciamento em tese deve ser privilegiada.

3.2.2.3. EFICÁCIA DO MEIO DISPONÍVEL COMO PARÂMETRO DA SUBSIDIARIEDADE: ADPF 285 E ADPF 394

Esta corrente, por sua vez, tem como seu maior defensor o Ministro Roberto Barroso. Entende a subsidiariedade da ADPF como a necessidade de descaracterizar a existência de outro meio eficaz de sanar a lesividade ao preceito fundamental. Segue o raciocínio que, havendo a medida cabível plenamente capaz de sanar a lesão, não há de se falar em ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Diferentemente da corrente que descreve a subsidiariedade como o mero cabimento de outro meio judicial, esta baseia-se na eficácia da medida judicial aplicável. Sobre o tema, segue trecho da ADPF 285 de relatoria do Ministro Roberto Barroso:⁹⁰

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 285**. Requerente: Federação Brasileira de Associações de Fiscais e Tributos Estaduais. Interessado: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Relator: Ministro

Ainda que assim não fosse, a presente ADPF também é inadmissível por não preencher outro requisito de cabimento. O art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 dispõe que não será admitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Trata-se aqui do requisito da subsidiariedade pelo qual se rege esta ação.

É bem verdade que o fato de existir ação subjetiva ou possibilidade recursal não basta para descaracterizar a admissibilidade da ADPF — já que a questão realmente importante será a capacidade do meio disponível de sanar ou evitar a lesividade ao preceito fundamental. Por isso mesmo, se as ações subjetivas forem suficientes para esse fim, não caberá o uso da arguição.

No caso dos autos, contudo, além dos recursos ordinários cabíveis e do ajuizamento de ação rescisória, eventuais decisões proferidas no âmbito do TJ/BA que permitam o enquadramento de Agentes Fiscais como Auditores Fiscais podem ser questionadas por reclamação constitucional (art. 102, I, I, da Constituição), em razão da violação à Súmula Vinculante nº 43 (art. 103-A, §3º, da Constituição). (Grifou-se).

O Ministro vale-se do mesmo entendimento em outras decisões, como na ADPF 394 em que reitera que, mesmo se tratando de recursos ou ações subjetivas, se estas efetivamente cumprirem o propósito de sanar ofensa a preceito fundamental, não será cabível ADPF. Eis o seu teor: ⁹¹

É bem verdade que o fato de existir ação subjetiva ou possibilidade recursal não basta para descaracterizar a admissibilidade da ADPF — já que a questão realmente importante será a capacidade do meio disponível de sanar ou evitar a lesividade ao preceito fundamental. Por isso mesmo, se as ações subjetivas forem suficientes para esse fim, não caberá o uso da arguição. No caso dos autos, das decisões do TJDF questionadas pela requerente caberia recurso extraordinário a esta Corte, sendo este meio, a princípio, capaz de sanar suposta lesividade à ordem constitucional.

Além disso, nota-se que a requerente busca, por meio da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, a revisão por esta Corte, das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios às quais se opõe. Mas permitir o processamento da arguição para este fim representaria a transformação da arguição de preceito fundamental em recurso disponível àqueles legitimados inconformados com decisões judiciais de instâncias ordinárias. Não é esse, porém, o sentido que lhe é dado pela legislação que a regulamenta.

Na decisão acima, por exemplo, questionou-se decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. O Ministro entendeu que recurso

Roberto Barroso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434654>. Acesso em 22 de out. de 2019.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 394**. Requerente: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil. Interessado: Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ 17/02/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4962211>. Acesso em 22 de out. de 2019.

extraordinário ao Supremo Tribunal Federal seria plenamente capaz de sanar a lesividade, além de obstar que a arguição de descumprimento de preceito fundamental se tornasse mero sucedâneo recursal.

Contudo, cumpre-se destacar, as decisões exaradas não definem o que se entende por “capacidade do meio disponível de sanar ou evitar a lesividade ao preceito fundamental”⁹² descrita nas referidas decisões. Logo, entende-se que este critério fica sujeito à discricionariedade do Ministro relator.

Dessa forma, compreende-se o requisito da eficácia de instrumento diverso como requisito para cabimento da ADPF como conceito indeterminado e demasiadamente arbitrário. Reafirma-se a importância de prevenir a banalização da arguição de descumprimento, contudo, este requisito, além de discricionário, novamente não leva em conta o caráter concentrado-abstrato da ação.

3.2.2.4. ESGOTAMENTO DOS MEIOS DISPONÍVEIS COMO PARÂMETRO DA SUBSIDIARIEDADE: ADPF 224-AGR

A última grande vertente identificada na Suprema Corte entende a subsidiariedade como o prévio esgotamento de todos os meios disponíveis ou a verificação da sua “inutilidade para a preservação do preceito”.⁹³ O Ministro Alexandre de Moraes, maior defensor desta vertente, assim define a questão da subsidiariedade da ADPF:⁹⁴

O cabimento da ADPF será viável desde que haja a observância do princípio da subsidiariedade, que exige o esgotamento de todas as vias possíveis para sanar a lesão ou a ameaça de lesão a preceitos fundamentais, ou a verificação, ab initio, de sua inutilidade para a preservação do preceito (ADPF 186/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 20/10/2014). Caso os mecanismos utilizados de maneira exaustiva mostrem-se ineficazes, será cabível o ajuizamento da arguição. Da mesma forma, se desde o primeiro momento se verificar a

⁹² *Ibidem*.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 186**. Requerente: Democratas. Interessado: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ 03/03/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269>. Acesso em 4 de nov. de 2019.

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 224-AgR**. Agravante: Federação Brasileira de Associações de Fiscais de Tributos Estaduais. Agravado: Procurador-Geral do Estado do Ceará. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ 08/11/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4023744>. Acesso em 24 de out. de 2019.

ineficiência dos demais mecanismos jurisdicionais para a proteção do preceito fundamental, será possível que um dos legitimados se dirija diretamente ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. (Grifou-se).

Reitera esta compreensão, por exemplo, na ADPF 629, também de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, na qual reforça a necessidade de esgotamento de todas as vias possíveis:⁹⁵

Com a edição da referida lei, esta CORTE ampliou o exercício da jurisdição constitucional abstrata, passando a admitir o ajuizamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em virtude de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (ADPF 130, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, DJ de 6/11/2009; ADPF 291, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJ de 11/5/2016), ainda que, excepcionalmente, revogados (ADPF 84 AgR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, DJ de 27/10/2006) ou cuja eficácia já tenha se esaurido (ADPF 77 MC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, DJ de 24/8/2006), inclusive com a possibilidade de concessão de medida liminar, desde que presentes todos os demais requisitos constitucionais.

A ADPF, portanto, deve ostentar, como outras das condições de procedibilidade, considerado o disposto no § 1º do art. 4º da Lei 9.882/1999, o atendimento ao critério da subsidiariedade, sendo esse a confirmação de que inexistente outro meio eficaz apto a superar o defeito jurídico sob questão.

O cabimento da ADPF será viável desde que haja a observância do princípio da subsidiariedade, que exige o esgotamento de todas as vias possíveis para sanar a lesão ou a ameaça de lesão a preceitos fundamentais ou a verificação, ab initio, de sua inutilidade para a preservação do preceito (ADPF 186/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 20/10/2014).

Caso os mecanismos utilizados de maneira exaustiva mostrem-se ineficazes, será cabível o ajuizamento da arguição. Da mesma forma, se desde o primeiro momento se verificar a ineficiência dos demais mecanismos jurisdicionais para a proteção do preceito fundamental, será possível que um dos legitimados se dirija diretamente ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Compreende-se esta como a corrente mais restritiva da aplicação da subsidiariedade na ADPF no STF. Depreende-se que atua de forma a conter as decisões de mérito em sede desta ação.⁹⁶ Tal entendimento sobre a subsidiariedade da ADPF privilegia, conforme estudado em capítulo anterior (“2.4 A Doutrina e a Subsidiariedade), interpretação literal e restrita da cláusula do instituto.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 629**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Interessado: Presidente da República. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ 30/10/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5798018>. Acesso em 4 de nov. de 2019.

⁹⁶ CAMPO, Hélio Márcio. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 39.

Seguindo os requisitos dessa vertente – ou seja, o esgotamento de todos os meios cabíveis –, a ADPF assume função demasiadamente limitada, inclusive, beirando sua inviabilidade. Conforme já mencionado, a Corte constitucional está sendo progressivamente mais acionada pela via concentrada; contudo, este cenário não justifica jurisprudência de teor meramente obstativo.

O Ministro Alexandre de Moraes, depreende-se de trechos anteriores, defende doutrinariamente a tese do esgotamento de todos os meios cabíveis. Entretanto, tratando-se de ação que tem como objetivo a tutela de preceitos fundamentais, não se mostra razoável postura rígida e defensiva; seja na doutrina ou jurisprudência.

3.3. DECISÕES EMBLEMÁTICAS SOBRE TEMAS QUE PERMEIAM O CARÁTER RESIDUAL DA ADPF

Esta parte irá se debruçar sobre julgados do Supremo Tribunal Federal que se entrelaçam com o tema da subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental. São tópicos variados, mas que enriquecem o estudo sobre o instituto.

Serão abordadas a relação do caráter residual da ADPF com o controle de normas municipais; normas pré-constitucionais; decisões judiciais; coisa julgada e fungibilidade de ações.

3.3.1. SUBSIDIARIEDADE E CONTROLE DE NORMAS MUNICIPAIS: ADPF 100-MC, ADPF 212 E ADPF 359

Conforme elaborado no “Capítulo 2” deste trabalho, a previsão da subsidiariedade, nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, suscitou questões que coube ao Supremo Tribunal Federal defrontar.

O controle de constitucional de normas municipais não é suscetível de questionamento via ADI, ADC ou ADO. Logo, levantou-se a possibilidade de ser

arguível com o uso da ADPF. Ou seja, seria a arguição de descumprimento instrumento competente para acionar o controle concentrado em face de normas municipais? Em outras palavras, há instauração de processo objetivo de fiscalização normativa abstrata de leis municipais contestadas em face da Constituição Estadual, por efeito da incidência do princípio da subsidiariedade?

O STF entende que, sendo a questão passível controle perante Tribunal de Justiça local, não seria atendido o critério da subsidiariedade e, portanto, não caberia ADPF.

É dizer, haveria considerável redução da possibilidade de ajuizamento de ADPF contra lei municipal.

Seguem trechos da decisão na ADPF 100-MC, de relatoria do Ministro Celso de Mello sobre o tema:⁹⁷

A pretensão ora deduzida nesta sede processual - que tem por objeto diploma legislativo municipal editado em 2005, exatamente por se revelar suscetível de impugnação perante o Tribunal de Justiça local, mediante ajuizamento da pertinente “representação de inconstitucionalidade”, considerados, para tanto, parâmetros de confronto definidos na própria Constituição estadual (CF, art. 125, § 2º) - encontra obstáculo na regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, o que não permite, no contexto em exame, por não satisfeita a exigência imposta pelo postulado da subsidiariedade, a instauração deste processo objetivo de controle normativo concentrado, a tornar inadmissível, pois, sob a perspectiva do referido princípio, a utilização do instrumento processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Como se sabe, o processo objetivo de fiscalização normativa abstrata, instaurável perante os Tribunais de Justiça locais, somente pode ter por objeto leis ou atos normativos municipais (como na espécie), estaduais ou distritais, desde que contestados em face da própria Constituição do Estado-membro (ou, quando for o caso, da Lei Orgânica do Distrito Federal), que representa, nesse contexto, o único parâmetro de controle admitido pela Constituição da República, cujo art. 125, § 2º, assim dispõe:

“Art. 125 (...).

§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (...).”

O que se revela essencial reconhecer, em tema de controle abstrato de constitucionalidade, quando instaurado perante os Tribunais de Justiça dos Estados-membros ou do Distrito Federal e Territórios, é que o único instrumento normativo revestido de parametricidade, para esse específico efeito, é, somente, a Constituição estadual ou, quando for o caso, a Lei

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 100-MC**. Requerente: Partido Verde. Interessado: Município de Palmas. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 17/12/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2413137>. Acesso em 25 de out. de 2019.

Orgânica do Distrito Federal, jamais, porém, a própria Constituição da República.

[...]

Mostra-se evidente, pois, que o autor poderia valer-se de outros meios processuais, de índole eminentemente objetiva, cuja utilização permitir-lhe-ia neutralizar, em juízo, de maneira inteiramente eficaz, o estado de suposta lesividade decorrente da lei municipal ora impugnada.

Constata-se, desse modo, que o postulado da subsidiariedade, considerados os fundamentos que vêm de ser expostos, impede o acesso imediato da agremiação partidária ao mecanismo constitucional da arguição de descumprimento, pois registra-se, no caso, a possibilidade (incontornável) de utilização idônea de instrumento processual específico, apto, por si só, a fazer cessar o estado de lesividade que se pretende neutralizar.

Incide, na espécie, por isso mesmo, o pressuposto negativo de admissibilidade a que se refere o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, circunstância esta que torna plenamente invocável, no caso, a cláusula da subsidiariedade, que atua - ante as razões já expostas - como causa obstativa do ajuizamento, perante esta Suprema Corte, da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Em entendimento similar, há a ADPF 212 de relatoria do Ministro Ayres Britto na qual se entende haver a ausência do requisito de subsidiariedade, pois não se verificou o controle de compatibilidade da norma com a Constituição Estadual no Tribunal de Justiça:⁹⁸

Fazendo-o, averbo, de saída, que se admite o controle abstrato de leis municipais por meio da ADPF. Por outro lado, o controle abstrato dessas mesmas leis municipais, quando editadas após a Constituição, requer cuidado maior com o princípio da subsidiariedade para que não se ofenda o disposto na alínea “a” do inciso I do art. 102 da Constituição (competência do STF para julgar ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual). No ponto, o autor não demonstrou a inviabilidade do manejo de ação direta junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Há ainda o entendimento estampado na ADPF 359, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, igualmente se manifestando pela ausência do requisito da subsidiariedade, uma vez que esta pressupõe a comprovação, pelo requerente, da inviabilidade de ajuizamento de propositura de Representação de Inconstitucionalidade.

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 212**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Interessado: Prefeita do Município de Fortaleza e Outros. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ 24/05/2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3874382>. Acesso em 27 de out. de 2019.

Assim sendo, o STF possui pacífica jurisprudência no sentido de quando ser cabível ADI estadual, não será hipótese ensejadora de ADPF, o que consideravelmente reduz a possibilidade de ajuizamento de arguição de descumprimento contra lei municipal.

3.3.2. SUBSIDIARIEDADE E NORMA PRÉ-CONSTITUCIONAL: ADPF 130

Para ilustrar a complexidade da questão, vale-se o estudo da ADPF 130. Questionou-se, nesta oportunidade, a compatibilidade da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967) com a ordem constitucional atual (Constituição Federal de 1988). Em 2009, após longo julgamento, concluído com placar de 7 a 4, a Corte entendeu pela incompatibilidade da referida Lei com a Constituição, texto em que se tutela a liberdade de expressão.

Entretanto, apesar da inegável relevância do mérito da ação, o entendimento do STF pelo cabimento de ADPF para questionar normas pré-constitucionais conversa diretamente com o objeto deste trabalho. Eis teor do voto na ADPF 130:⁹⁹

[...] a acarretar o kelseniano juízo da não recepção do Direito velho, todo ele, pela ordem constitucional nova. Circunstância que viabiliza o emprego da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como fórmula processual subsidiária da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN, nos termos das regras que se lê no § 1º do art. 102 da CF e no § 1º do art. 4º da Lei nº 9.882/99 - Lei da ADPF. Fórmula instauradora de um substitutivo controle abstrato de constitucionalidade que se revela tanto mais necessário quanto envolto em concreta (agora sim) ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes

A questão, conforme depreende-se do voto acima, deveras possui minúcias kelsianas.¹⁰⁰ Entretanto, apesar de ser tema sensível, o entendimento do STF

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 130**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Interessado: Presidente da República e Outros. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ 22/11/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em 27 de out. de 2019.

¹⁰⁰ A expressão “recepção legislativa” possui fulcro nos estudos de Hans Kelsen em sua obra “Teoria geral do direito e do Estado” no qual estuda o fenômeno de derrubada de certa ordem jurídica e substituição por outra no mesmo âmbito espacial desencadeada com a emergência de uma nova Constituição em suplantação de outra até então vigente. KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. Tradução de Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 172.

sedimentou-se pelo atendimento do requisito da subsidiariedade na hipótese de ADPF ter como objeto norma pré-constitucional – levando-se em conta, inclusive, o não cabimento de norma pré-constitucional como objeto da ADI.

Ademais, cumpre-se ressaltar que em entendimento assentado na ADPF 33, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a conformidade à Constituição vigente à época da norma pré-constitucional pode até ser eventualmente suscitada; contudo, em sede de controle concentrado, o parâmetro de controle a ser adotado é a atual Constituição.¹⁰¹

Assim sendo, a Corte entende que o acionamento do STF, via ADPF, questionando norma pré-constitucionais, atende o requisito da subsidiariedade.

3.3.3. SUBSIDIARIEDADE E DECISÕES JUDICIAIS: ADPF 101, ADPF 144 E ADPF 387

Neste subcapítulo serão estudadas ações ajuizadas no Supremo Tribunal Federal que suscitam o cabimento de decisões judiciais via ADPF. O atendimento do princípio da subsidiariedade, levando em conta que o sistema jurídico possui mecanismos recursais próprios, pode, em um primeiro momento, parece contraintuitivo.

A Corte, contudo, contorna a questão ao afirmar que a adequação ao princípio da subsidiariedade da ADPF “está na comprovação de existência de múltiplas ações judiciais sobre as normas aqui questionadas tendo como objeto exatamente os preceitos constitucionais fundamentais”.¹⁰²

Ademais, o Supremo Tribunal Federal vem admitindo o cabimento de ADPF nos casos que “envolvam a aplicação direta da Constituição e a alegação de contrariedade à Constituição decorrente de decisão judicial ou controvérsia sobre

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 33**. Requerente: Governador do Estado do Pará. Interessado: Instituto do Desenvolvimento Econômico-Social do Pará. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ 07/12/2005.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>. Acesso em 27 de out. de 2019.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 101**. Requerente: Presidente da República. Interessado: Presidente do Supremo Tribunal Federal e Outros. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ 01/06/2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2416537>. Acesso em 27 de out. de 2019.

interpretação adotada pelo Judiciário que não cuide de simples aplicação de lei ou normativo infraconstitucional”.¹⁰³ Segue entendimento estampado na ADPF 101:¹⁰⁴

Enfatize-se, ainda, que o Argüente vale-se da argüição de descumprimento de preceito fundamental porque, aduz, este seria o meio a conduzir à "solução eficaz e definitiva" para o que se busca (fi. 59).

O art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99 é expresso quanto à vedação do ajuizamento da presente ação "quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade". A regra não significa que o ajuizamento da presente ação somente pudesse ser possível se já tivessem sido esgotados todos os meios admitidos na lei processual para

"afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar ... que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade - inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão -, contido no § P do art. 4º da Lei n. 9.882, de 1999, há de ser compreendido no contexto da ordem global. Nesse sentido, se se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata" (MEIRELLES, Hely Lopes. 29. ed. Mandado de Segurança. São Paulo: Mallieiros, 2006, p. 501).

A adequação da presente Argüição está na comprovação de existência de múltiplas ações judiciais sobre as normas aqui questionadas tendo como objeto exatamente os preceitos constitucionais fundamentais.

É relevante mencionar que a ADPF 101 foi proposta pelo Presidente da República, por intermédio da Advocacia-Geral da União, e questionou-se decisões judiciais que permitiam a importação de pneus usados.

A ADPF 144 (deliberação sobre a “Lei da Ficha Limpa”) e ADPF 387 (sobre uso de precatórios para pagar dívidas trabalhistas de empresa pública) também entenderam ser cabível este instrumento em face de decisões judiciais. Ambas, também, ligadas às questões de grande financeiro e de repercussão nacional. A ADPF 144 também estava voltada a questões sobre a interpretação adotada pelos diversos órgãos judiciais. Entendimento sobre o tema foi estampado na ADPF 387 nos seguintes termos:¹⁰⁵

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 387**. Requerente: Governador do Estado do Piauí. Interessado: Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região e Outros. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ 12/04/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4937191>. Acesso em 27 de out. de 2019.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 387**. Requerente: Governador do Estado do Piauí. Interessado: Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região e Outros. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

Ademais, não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque, entre nós, o instituto assume feição marcadamente objetiva.

Sendo assim, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento. Ao contrário, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.

Dessa forma, entende-se que pode haver controle de decisões judiciais via arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver múltiplas ações judiciais e houver contrariedade direta à Constituição.

3.3.4. SUBSIDIARIEDADE E COISA JULGADA: ADPF 134-AGR, ADPF 196, ADPF 145 E ADPF 202

Conforme examinado previamente, o Supremo Tribunal Federal admite a impugnação de decisões judiciais por meio de ADPF, mas, construiu-se o entendimento que estas não podem ter transitadas em julgado. Sobre o requisito, segue entendimento exarado na ADPF 249-AgR/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, ementado da seguinte forma:¹⁰⁶

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – POSTULADO DA SUBSIDIARIEDADE – INOBSERVÂNCIA – INVIABILIDADE DE REFERIDA AÇÃO CONSTITUCIONAL – DOUTRINA – PRECEDENTES – POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO, MEDIANTE ADPF, DE DECISÕES JUDICIAIS, DESDE QUE NÃO TRANSITADAS EM JULGADO – CONSEQUENTE Oponibilidade da coisa julgada em sentido material à ADPF – PRECEDENTE – O SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA ‘RES JUDICATA’ – RELAÇÕES ENTRE A COISA JULGADA MATERIAL E A CONSTITUIÇÃO – RESPEITO PELA AUTORIDADE DA COISA JULGADA MATERIAL, MESMO QUANDO A DECISÃO TENHA SIDO PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ADPF: AÇÃO CONSTITUCIONAL QUE NÃO DISPÕE DE FUNÇÃO RESCISÓRIA – EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA JUDICIAL RELEVANTE CARACTERIZADA POR JULGAMENTOS CONFLITANTES DE ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS DIVERSOS: PRESSUPOSTO NECESSÁRIO E ESSENCIAL AO VÁLIDO AJUIZAMENTO DA ADPF – AUSÊNCIA, NO CASO, DE

Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4937191>. Acesso em 27 de out. de 2019.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 249-AgR**. Agravante: Estado de São Paulo. Agravado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 29/08/2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4202177>. Acesso em 27 de out. de 2019.

QUALQUER ESTADO DE INCERTEZA OU DE INSEGURANÇA NO PLANO JURÍDICO, NOTADAMENTE PORQUE JÁ DIRIMIDO O DISSENSO INTERPRETATIVO PELO STF – FORMULAÇÃO, NA ESPÉCIE, DA SÚMULA 652/STF – DOUTRINA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO” (Grifou-se).

No mesmo sentido há as ADPF 134-AGR (relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 3.6.2009), ADPF 196 (relatoria do Ministro Dias Toffoli, DJ 14.6.2018), ADPF 145 (relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 4.2.2009) e ADPF 202 (relatoria da Ministra Cármen Lúcia, DJ 13.12.2010).

3.3.5. SUBSIDIARIEDADE E A FUNGIBILIDADE DE AÇÕES: ADPF 178

Depreende-se, conforme já explanado, que o não atendimento da subsidiariedade no ajuizamento de ADPF acarreta no não cabimento da ação. Entretanto, em casos pincelados, o Supremo Tribunal Federal aceitou a fungibilidade entre ações do controle concentrado devido à grande relevância do tema.

A ADI 4277, que, acompanhada da ADPF 132, reconheceu a união estável entre casais do mesmo sexo, foi originalmente ajuizada como ADPF 178. O Ministro Relator Gilmar Mendes, em despacho publicado em 5.8.2009, decidiu pela reautuação da referida ação como ADI por tratar de matéria sensível e por considerar esta como matéria passível de controle de constitucionalidade, só não pela via escolhida pelo Requerente.

É dizer, apesar do posicionamento do Supremo Tribunal Federal pelo não cabimento de ADPF que não atenda a subsidiariedade, a Corte reconhece a possibilidade de fungibilidade entre a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta de inconstitucionalidade, quando houver a “relevância da matéria”.^{107 108}

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 178**. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ 04/08/2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2688768>. Acesso em 27 de out. de 2019.

¹⁰⁸ Outro caso em que também houve reaproveitamento do feito como ação do controle de constitucionalidade por via direta foi a ADPF 72-QO, de relatoria da Ministra Ellen Gracie.

3.4. INCONSISTÊNCIAS NO DISCURSO DO STF QUANTO À SUBSIDIARIEDADE DAS ADPFs

Ao realizar levantamento das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de ADPF, constata-se a existência de dissonâncias em certas decisões da Corte em relação à subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Verifica-se, inclusive, pontos de conflito no posicionamento dos próprios Ministros: ora adotam interpretação restritiva, ora conferem caráter abrangente para a subsidiariedade da ADPF – por vezes, inclusive, valem-se de precedentes contraditórios.

Encontra-se também, com maior frequência, inconsistências nas decisões que geram maior clamor social. Nestes casos, dá-se maior margem à subjetividade – como é o caso, por exemplo, da ADPF 178 convertida na ADI 4277 e não sendo julgada extinta, como os demais casos analisados pela Corte.

Deve-se deixar claro, desde já, a responsabilidade necessária para utilizar termos como “inconsistência”. A vagueza das expressões gera “armadilhas semânticas”.¹⁰⁹ A falta de precisão acarreta risco de desvalorizar o próprio objeto do estudo.

Procura-se saber quando, inclusive na busca de medidas que lhe assegurem a eficácia devida,¹¹⁰ as medidas adotadas na Corte entram em choque com a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal e o entendimento doutrinário.

Assim sendo, entende-se como dissonantes os discursos que “são movidos pelas mais diversas paixões e interesses que, obviamente, podem levar a adoção de

¹⁰⁹ Paulo Gustavo Gonet Branco vale-se desta expressão para ressaltar a seriedade necessária se tratando de “ativismo judicial”. BRANCO, Paulo G. Gonet. *Ativismo Judicial: Primeiras Aproximações*. In: BRANCO, Paulo Gustavo. **Ativismo judicial e efetividade dos direitos fundamentais**. 1ª ed. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2016. p. 149.

¹¹⁰ Fala-se em “margem de ação com respeito ao conhecimento de fatos relevantes, quer dizer, uma margem de ação epistêmica de tipo empírico”. BRANCO, Paulo G. Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 183-184.

políticas públicas que não sejam as mais adequadas”¹¹¹ ou, no caso do objeto deste estudo, entram em choque com a jurisprudência constitucional.

Serão analisados neste subcapítulo, em primeiro lugar, casos em que os Ministros contradisseram seus posicionamentos e, em segundo lugar, ações em que afastou-se do entendimento exarada pela Suprema Corte porque, tudo indica, estavam, nas palavras de Jorge Galvão, movidos por diversos interesses e paixões.

A proposta em realizar esta análise não é desmerecer o estudo feito até então, mas melhor compreender a forma como o Supremo Tribunal Federal compreende a questão da subsidiariedade da ADPF, mesmo em condições atípicas.

Feitas estas colocações, parte-se para o exame das decisões.

A ADPF 53, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, diverge da posição frequentemente adotada por seu relator. Conforme já estudado, o Ministro costuma entender a subsidiariedade como o caráter residual dentro das ações de controle concentrado. Entretanto, neste caso, adotou a seguinte decisão “a presente ação esbarra no óbice do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, tendo em vista que há outro instrumento hábil para a solução da controvérsia, qual seja, a reclamação”.¹¹² Ou seja, realizou a análise valendo-se fora das ações do controle concentrado.

Entretanto, esta não é a única inconsistência encontrada no posicionamento dos Ministros. A título ilustrativo, há a ADPF 118, de relatoria do Ministro Edson Fachin, e a ADPF 617, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, em que os Relatores divergem de suas posições usuais sobre a subsidiariedade da ADPF.

Na ADPF 118, o Ministro Relator Edson Fachin defende a subsidiariedade como a eficácia do meio cabível para sanar a lesão ao preceito fundamental. Contudo, vale-se de precedente da lavra do Ministro Alexandre de Moraes – inclusive, há erro material, pois cita a ADPF 103-AgR, que é de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence

¹¹¹ GALVÃO, Jorge O. L. Juízes Podem Contribuir na Concretização do Direito à Educação. In: BRANCO, Paulo Gustavo. **Ativismo judicial e efetividade dos direitos fundamentais**. 1ª ed. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2016. p. 149.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 53**. Requerente: Governador do Estado do Piauí. Interessado: Tribunal de Justiça do Estado do Piauí e Outros. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ 05/05/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226674>. Acesso em 28 de out. de 2019.

– e do Ministro Gilmar Mendes. O Ministro Alexandre de Moraes, conforme já elaborado, defende o esgotamento de todos os meios possíveis e o Ministro Gilmar Mendes defende a análise dentro as ações do controle concentrado. Eis o teor da ADPF 118:¹¹³

Ainda, também não merece conhecimento a presente arguição ante o pressuposto negativo à possibilidade de sua utilização em favor da defesa de interesses e de direitos individuais concretos, dada a feição objetiva do controle de constitucionalidade de normas:

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO À ADPF AJUIZADA CONTRA DECISÃO ADMINISTRATIVA DE PRESIDENTE DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NULIDADE DE ATOS DE EFETIVAÇÃO DE PESSOAS NO SERVIÇO NOTARIAL E DE REGISTRO, SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. TUTELA DE SITUAÇÕES JURÍDICAS INDIVIDUAIS E CONCRETAS. PROCESSO DE NATUREZA OBJETIVA. **INOBSERVÂNCIA DO REQUISITO DA SUBSIDIARIEDADE.** DESCABIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. 1. O cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental será viável desde que haja a observância do princípio da subsidiariedade, que exige o esgotamento de todas as vias possíveis para sanar a lesão ou a ameaça de lesão a preceitos fundamentais, ou a verificação, ab initio, de sua inutilidade para a preservação do preceito. Precedentes desta CORTE. 2. Os processos objetivos do controle abstrato de constitucionalidade, tal qual a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, não constituem meio idôneo para tutelar situações jurídicas individuais e concretas. Precedentes desta CORTE. 3. Agravo Regimental a que se nega provimento. **(ADPF 103 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 18.04.18, grifos meus)**

[...]

Outrossim, o art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1992, ao disciplinar seu trâmite processual e de julgamento, apontou o princípio da subsidiariedade como requisito de cabimento da ADPF. **Conforme entendimento iterativo desta Corte, no tocante à aplicação do princípio da subsidiariedade, somente será admitida a arguição se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade, inferido como aquele apto a solver a controvérsia constitucional de forma ampla, geral e imediata:** “De uma perspectiva estritamente subjetiva, a ação somente poderia ser proposta se já se tivesse verificado a exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial. Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção de preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão , há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global. Nesse sentido, se se considera o caráter enfaticamente objetivo do instituto (o que resulta, inclusive, da legitimação ativa), meio eficaz de sanar a lesão parece ser aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata.” **(ADPF 388, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 01.08.16, grifos meus)**

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 118**. Requerente: Democratas. Interessado: Presidente da República e Outros. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ 01/10/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2532636>. Acesso em 28 de out. de 2019.

Constato que a questão em exame já foi resolvida de maneira eficaz e irrestrita pela via da sistemática da repercussão geral, razão pela qual não está preenchido o requisito da subsidiariedade (Grifou-se).

Assim sendo, há incoerências no uso de precedentes no voto da ADPF 118.

Outro caso relevante não só pelo tema do presente estudo, mas também por ser questão atinente à Brasília, é a ADPF 617. Em decisão recente à época deste trabalho, exarada em 10 de outubro de 2019, o Ministro Relator Alexandre de Moraes negou seguimento ao pedido de suspensão de decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que liberou a construção das quadras 500 do Setor Sudoeste, bairro residencial de Brasília. O Ministro, na ocasião, observou que não será admitida a ação quando houver qualquer outro meio eficaz de discutir a lesividade apontada. Ou seja, afastou-se do entendimento do esgotamento de todas as medidas cabíveis. Segue o entendimento estampado na ocasião:¹¹⁴

Nesse contexto, a Corte firmou entendimento no sentido de que a existência de apenas uma decisão cuja validade se contesta, enquanto ainda pendente julgamento de agravo, como trata a presente arguição, reforça a eficácia dos meios processuais ordinários de impugnação, a afastar o cabimento de ADPF. Menciono, a título exemplificativo, as considerações lançadas pelo eminente Ministro ROBERTO BARRROSO, no julgamento da ADPF 157-AgR. Transcrevo trecho do acórdão:

6. É verdade que esta Corte tem aceito a utilização da ADPF para questionar conjuntos de decisões judiciais que possam estar em conflito com preceitos fundamentais (nesse sentido: ADPF 485, minha relatoria; ADPF 387, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADPF 249, Rel. Min. Celso de Mello; ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio). Não é este o caso, contudo. A petição inicial apontou uma única decisão como violadora de preceito fundamental, sendo que havia meio processual adequado e eficaz para impugnação de tal decisão. (ADPF 157 – AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ 09/09/2019; grifos aditados)

Ante todo o exposto, com base no art. 4º, *caput* e § 1º, da Lei 9.882/1999 e no art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, NEGO SEGUIMENTO à presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

É relevante ressaltar que se admite a possibilidade de os Ministros mudarem seus posicionamentos – ainda mais se tratando de questão complexa e controversa como a subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 617**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Interessado: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ 14/10/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5768667>. Acesso em 28 de out. de 2019.

fundamental. Entretanto, o que se observa nos casos descritos acima é a inconstância das colocações. Os Ministros alteraram seus entendimentos em casos específicos, para depois retornar ao seu posicionamento padrão. Dessa forma, entende-se que deveras há incoerência nas decisões acima descritas, pois não se trata de virada jurisprudencial, mas de alterações pontuais.

Por fim, constata-se ainda haver incoerências, não necessariamente da vertente adotada ou dos precedentes utilizados, mas na flexibilização do conceito de subsidiariedade em certos julgados de grande repercussão.

É o caso, por exemplo, já descrito da ADPF 178. Esta ação foi ajuizada com o propósito de levar ao STF a discussão sobre o reconhecimento das uniões de pessoas do mesmo gênero. O então Presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes, determinou a reclassificação do processo como Ação Direta de Inconstitucionalidade. Com a exceção da ADPF 72-QO, de relatoria da Ministra Ellen Gracie,¹¹⁵ as demais ADPFs, que não cumpriram seus requisitos de cabimento, não são conhecidas ou tem seus pedidos negados.

Há ainda o exemplo da ADPF 519, ajuizada pelo então Presidente da República, Michel Temer, representado pelo Advocacia-Geral da União, solicitando o posicionamento do Judiciário sobre a desobstrução das rodovias nacionais em decorrência da paralisação dos caminhoneiros e a determinação de medidas que viabilizem a liberação do tráfego.¹¹⁶ O Ministro Relator Alexandre de Moraes conheceu e concedeu liminar para autorizar a adoção de medidas necessárias para resguardar a ordem.

Entretanto, compreende-se que o mero conhecimento da ação é incoerente com o posicionamento até então tomado pelo Ministro. Não houve, neste caso, o esgotamento de todas as medidas cabíveis. Há autores que argumentam que teria sido o caso, por exemplo, de ajuizar interditos proibitórios e não ADPF.¹¹⁷

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 72-QO**. Requerente: Governador do Estado do Maranhão. Interessado: Secretária Executiva de Estado da Fazenda. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ 01/06/2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2297454>. Acesso em 28 de out. de 2019.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 519**. Requerente: Presidente da República. Interessado: Juiz Federal da Vara Federal Cível e Criminal da Seção Judiciária de Jataí. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ 08/11/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5469789>. Acesso em 28 de out. de 2019.

¹¹⁷ GODOY, Miguel Gualano de; FORTES, Luiz Henrique Krassuski. **Greve dos caminhoneiros e STF como 1ª instância: riscos da ADPF como suprema ação possessória**: É correto transformar o

Independentemente da validade desta afirmação, o ponto é que não houve o esgotamento de todas as medidas cabíveis como o Ministro requer em outros casos como os já demonstrados acima.

Dessa forma, não há como se dizer que o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental é estável. Há, de fato, posicionamentos majoritários e minoritários; e, ainda mais importante, vertentes que certos Ministros adotam com maior frequência. Entretanto, seria ilusório afirmar que há compreensão unitária ou até mesmo constante na Corte.

Existem quatro grandes vertentes, dentro das quais a maioria dos julgados se enquadra – (I) ausência de cabimento de ação diversa; (II) as ações do controle concentrado como parâmetro; (III) a eficácia das medidas cabíveis; e (IV) o esgotamento das vias possíveis para sanar a lesão ou a ameaça de lesão a preceitos fundamentais. Contudo, conforme elaborou-se neste último trecho, há ocasiões em que os Ministros adotaram posicionamentos diversos – seja em casos pontuais ou de vasta repercussão.

Supremo em única instância de uma demanda possessória?. [S. l.]: Jota, 22 abr. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/greve-dos-caminhoneiros-e-stf-como-1a-instancia-riscos-da-adpf-como-suprema-acao-possessoria-22042019>. Acesso em: 28 out. 2019

CONCLUSÃO

A ADPF é ação do controle concentrado de inestimável valor jurídico, pois foi elaborada, precisamente, com o intuito de ser a *ultima ratio* na proteção dos preceitos fundamentais. Quando todos os meios jurídicos falham, surge a arguição de descumprimento.

A noção do que é preceito fundamental pode-se alterar no tempo, no espaço, na história e na cultura brasileira, mas, independentemente destas mudanças, deve permanecer o papel da ADPF de tutelar os mais caros princípios constitucionais.

A matéria aqui debatida, entretanto, é relevante e atual não só pelos motivos expostos acima, os quais, para olhar atento, já seriam suficientes. A ADPF, desde sua concepção, se depara com temas sensíveis. Valem-se desta via processual para acionar o Supremo Tribunal Federal sobre vasta gama de temas delicados como o reconhecimento das uniões estáveis de pessoas do mesmo sexo, o *impeachment* e a paralisação de caminhoneiros nas rodovias brasileiras.

Assim sendo, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, instrumento alçado a estatura de ação constitucional pelo art. 102, § 1º da Constituição, foi estabelecida para proteger preceitos fundamentais e trata de temas que suscitam clamores da população; sem, contudo, haver forte previsão legislativa sobre o tema.

Portanto, é relevante compreender como se dá o cabimento da ADPF e a subsidiariedade, um dos seus pressupostos mais intrigantes.

Traçou-se, ao longo deste estudo, o porquê do ônus de delimitar a subsidiariedade da ADPF ter recaído sobre o STF. As peculiaridades do seu processo legislativo e a ausência de equivalência direta no direito estrangeiro, desenharam cenário em que as definições sobre a subsidiariedade da ação devem ser encontradas nos julgados do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, apesar de a doutrina delimitar o conceito da subsidiariedade em três correntes distintas – a primeira pela sua inconstitucionalidade; a segunda prega a constitucionalidade e interpretação literal do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99; e a terceira defende a constitucionalidade do instituto, mas advoga por interpretação mais

restritiva do caráter residual da ADPF –, conclui-se que, para além das divergências dentro da própria doutrina sobre a sua conceituação, foram localizados poucos trabalhos acadêmicos recentes sobre o tema. Houve vasta e profunda produção logo após a elaboração da Lei nº 9.882/99, mas, atualmente, o campo carece de atualizações.

Assim, resvala-se às portas do Supremo Tribunal Federal. Em resposta à pergunta formulada neste trabalho – ou seja, “qual seria o entendimento da Corte constitucional brasileira sobre a subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental?” – depara-se não com uma, mas com quatro grandes vertentes. Sendo estas a subsidiariedade como a ausência de cabimento de ação diversa; a análise somente das ações do controle concentrado; a eficácia das medidas cabíveis, e o esgotamento das vias possíveis para sanar a lesão ou a ameaça de lesão a preceitos fundamentais.

Embora o Supremo Tribunal Federal, reconheça a validade jurídico-constitucional da subsidiariedade como pressuposto de negativa de admissibilidade da arguição de descumprimento (ADPF 17),¹¹⁸ a Suprema Corte possui jurisprudência instável quanto a sua aplicação. Existem inconsistências – há julgamentos em que Ministros da Corte se contradizem. Ademais, em casos de grande clamor social, frequentemente desconsideram o instituto para analisar o mérito da ação.

Entretanto, cumpre-se destacar, que, nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco, “aprecie-se ou não a integração ao texto constitucional de pautas axiológicas, quando isso ocorre, os valores morais penetram o âmbito do jurídico e passam a compor o domínio das atribuições jurisdicionais do Tribunal”.¹¹⁹ Ou seja, não há, necessariamente, prejuízo com decisões marcadas por pautas axiológicas, mas, cria-se margem para insegurança jurídica e dificulta, consideravelmente, o estudo e fortalecimento de instituto que já possui regulação faltosa.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 17-AgR**. Requerente: Governador do Estado do Amapá. Interessado: Tribunal de Justiça do Estado do Amapá e Outros. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 05/06/2002. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1971312>. Acesso em 20 de out. de 2019.

¹¹⁹ BRANCO, Paulo G. Gonet. Ativismo Judicial: Primeiras Aproximações. In: BRANCO, Paulo Gustavo. **Ativismo judicial e efetividade dos direitos fundamentais**. 1ª ed. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2016. p. 157.

Dessa forma, conclui-se que cabe ao STF prudência. A subsidiariedade da ADPF tem se mostrado pressuposto relevante para não ocorrer a banalização do instituto. Entretanto, a indevida aplicação da subsidiariedade pode representar inaceitável frustração ao sistema de proteção de preceitos fundamentais previsto no próprio texto constitucional. É dizer, deve-se preservar o núcleo fundamental da ação sem incorrer na trivialização do instituto.

Neste delicado balanço, o presente estudo se depara com a jurisprudência oscilante do Supremo Tribunal Federal sobre o caráter residual da ADPF.

Conclui-se, portanto, que é necessária a adoção de conceito estável sobre a subsidiariedade nos julgamentos da Corte constitucional brasileira. Não se procura o reducionismo do instituto, muito menos que se adote postura estanque, mas incentiva-se inovações jurisprudenciais e avanços doutrinários que permitam a pacificação da subsidiariedade da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Atualmente o que se vislumbra é frágil regulação, marcada por doutrina e jurisprudência em desacordo. Há que se privilegiar, portanto, a estabilidade do instituto levando em conta a relevância deste para o controle concentrado e para a proteção dos princípios mais caros da Constituição.

*“The woods are lovely, dark and deep.
But I have promises to keep,
And miles to go before I sleep,
And miles to go before I sleep”.*

– Robert Frost

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro, VARGAS, Aléxis G. S. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. in Revista de Informação Legislativa, nº 30.

BRANCO, Paulo G. Gonet. Ativismo Judicial: Primeiras Aproximações. In: BRANCO, Paulo Gustavo. **Ativismo judicial e efetividade dos direitos fundamentais**. 1ª ed. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2016.

_____. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2231-MC**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessados: Presidente da República e Outros. Relator: Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1828554>. Acesso em 28 de set. de 2019.

_____. **ADPF 17-AgR**. Requerente: Governador do Estado do Amapá. Interessado: Tribunal de Justiça do Estado do Amapá e Outros. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 05/06/2002. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1971312>. Acesso em 20 de out. de 2019.

_____. **ADPF 33**. Requerente: Governador do Estado do Pará. Interessado: Instituto do Desenvolvimento Econômico-Social do Pará. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ 07/12/2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>. Acesso em 20 de out. de 2019.

_____. **ADPF 53**. Requerente: Governador do Estado do Piauí. Interessado: Tribunal de Justiça do Estado do Piauí e Outros. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ 05/05/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226674>. Acesso em 28 de out. de 2019.

_____. **ADPF 72-QO**. Requerente: Governador do Estado do Maranhão. Interessado: Secretária Executiva de Estado da Fazenda. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ 01/06/2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2297454>. Acesso em 28 de out. de 2019.

_____. **ADPF 100-MC.** Requerente: Partido Verde. Interessado: Município de Palmas. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 17/12/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2413137>. Acesso em 25 de out. de 2019.

_____. **ADPF 101.** Requerente: Presidente da República. Interessado: Presidente do Supremo Tribunal Federal e Outros. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ 01/06/2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2416537>. Acesso em 27 de out. de 2019.

_____. **ADPF 118.** Requerente: Democratas. Interessado: Presidente da República e Outros. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ 01/10/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2532636>. Acesso em 28 de out. de 2019.

_____. **ADPF 126-MC.** Requerente: Partido Popular Socialista. Interessado: Presidente da República e Outro. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 21/02/2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4056798>. Acesso em 13 de out. de 2019.

_____. **ADPF 130.** Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Interessado: Presidente da República e Outros. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ 22/11/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em 27 de out. de 2019.

_____. **ADPF 141-AgR.** Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Interessado: Município do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ 17/06/2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2619569>. Acesso em 20 de out. de 2019.

_____. **ADPF 157-MC.** Requerente: Partido Popular Social Interessado: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ 18/12/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2652475>. Acesso em 16 de out. de 2019.

_____. **ADPF 172-MC-REF.** Requerente: Partido Progressista. Interessado: João Paulo Bagueira Leal Lins e Silva e Outros. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ 16/06/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601123>. Acesso em 20 de out. de 2019.

_____. **ADPF 178.** Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ 04/08/2009. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2688768>. Acesso em 27 de out. de 2019.

_____. **ADPF 186**. Requerente: Democratas. Interessado: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ 03/03/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269>. Acesso em 4 de nov. de 2019.

_____. **ADPF 212**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Interessado: Prefeita do Município de Fortaleza e Outros. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ 24/05/2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3874382>. Acesso em 27 de out. de 2019.

_____. **ADPF 224-AgR**. Agravante: Federação Brasileira de Associações de Fiscais de Tributos Estaduais. Agravado: Procurador-Geral do Estado do Ceará. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ 08/11/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4023744>. Acesso em 24 de out. de 2019.

_____. **ADPF 228**. Requerente: Partido da República. Interessado: Câmara Municipal de Várzea Grande. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ 10/08/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4056798>. Acesso em 20 de out. de 2019.

_____. **ADPF 249-AgR**. Agravante: Estado de São Paulo. Agravado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 29/08/2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4202177>. Acesso em 27 de out. de 2019.

_____. **ADPF 285**. Requerente: Federação Brasileira de Associações de Fiscais e Tributos Estaduais. Interessado: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434654>. Acesso em 22 de out. de 2019.

_____. **ADPF 387**. Requerente: Governador do Estado do Piauí. Interessado: Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região e Outros. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ 12/04/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4937191>. Acesso em 27 de out. de 2019.

_____. **ADPF 394**. Requerente: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil. Interessado: Presidente da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Ministro

Roberto Barroso. DJ 17/02/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4962211>. Acesso em 22 de out. de 2019.

_____. **ADPF 513-MC**. Requerente: Governador do Estado do Maranhão. Interessado: Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão e Outros. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJ 14/03/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5364100>. Acesso em 20 de out. de 2019.

_____. **ADPF 519**. Requerente: Presidente da República. Interessado: Juiz Federal da Vara Federal Cível e Criminal da Seção Judiciária de Jataí. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ 08/11/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5469789>. Acesso em 28 de out. de 2019.

_____. **ADPF 617**. Requerente: Rede Sustentabilidade. Interessado: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ 14/10/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5768667>. Acesso em 28 de out. de 2019.

_____. **ADPF 629**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Interessado: Presidente da República. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ 30/10/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5798018>. Acesso em 4 de nov. de 2019.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União: 05 out. 1988.

_____. **Emenda: 02040**. [S. l.]: Senado Federal, 13 jan. 1988. Disponível em: <http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-SC/02040.html>. Acesso em: 2 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pet-QO 1.365**. Requerente: Fernando Afonso Collor de Mello. Interessado: Senado Federal. Relator: Ministro Néri da Silva. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1683606> . Acesso em 23 de out. de 2019.

CAMPO, Hélio Márcio. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001

CAPPELLETI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. São Paulo: Editora Fabris, 1984.

CLÈVE, Clèmerson. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DA CUNHA, Dirley. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 10ª ed., Salvador: Juspodivm, 2019.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6ª ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkianp.

GALVÃO, Jorge O. L. Juízes Podem Contribuir na Concretização do Direito à Educação. In: BRANCO, Paulo Gustavo. **Ativismo judicial e efetividade dos direitos fundamentais**. 1ª ed. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2016.

HORBACH, Carlos. **O direito comparado na jurisdição constitucional brasileira**. In: MENDES, Gilmar; GALVÃO, Jorge; MUDROVITSCH, Rodrigo, **Jurisdição Constitucional em 2020**. Saraiva, 2016.

JACKSON, Vicki. **Yes please, I'd love to talk to with you**. Legal Affairs, julho/Agosto de 2004. In: http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_jackson_julaug04.msp. Acesso em 2 de nov. de 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 22.

_____. **Estado de direito e jurisdição constitucional**. 1º ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 970.

MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 34ª ed. São Paulo: Atlas. 2018.

_____. Anexo B – Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. In: **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

POSNER, Richard. **No thanks we already have our own laws**. Legal Affairs, julho/Agosto de 2004. In: http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp. Acesso em 2 de nov. de 2019.

SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: Tavares, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 100.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 42ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). 30 Anos da Constituição Federal. **Constituição 30 anos**: ADPF está entre as inovações trazidas pela Carta de 88. Brasil: Supremo Tribunal Federal, 26 out. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393978>. Acesso em 24 de set. de 2019

_____. **Estatísticas do controle concentrado**. Brasil: Supremo Tribunal Federal, 25 set. 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/estatistica/ControleConcentradoGeral/CC_Geral.mhtml. Acesso em 25 de set. de 2019.

_____. **Julgamentos históricos**. Brasília, 18 set. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=ms21564>. Acesso em: 23 out. 2019.

TAVARES, André R. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise da evolução do instituto sob a Constituição de 1988**. Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois-a-consolidacao-das-instituicoes/jurisducao-constitucional-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-analise-da-evolucao-do-instituto-sobre-a-constituicao-de-1988/view>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. **Repensando a ADPF no complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade**. In: Universidade Presbiteriana Mackenzie, p.01 Disponível em: http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/andre_ramos2.pdf. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. **Tratado da argüição de preceito fundamental: lei nº 9.868/99 e lei nº 9.882/99**. São Paulo: Saraiva, 2001.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WALDRON, Jeremy. **Foreign law and modern *ius gentium***. Harvard Law Review, vol. 119, nº 1(2005), p. 129-147.